عربی مکاسب ۷۶ فقه

اسم کتاب تشیید بر مکاسب عربی

مصنف آقای شیخ آقا رضا همدانی

مؤلف

خطی نسخ ۱۹ سطری

چاپی

سال چاپ یا تحریر ——— عدد اوراق ۲۱۰

جزء کتب فقه شمارهٔ ———

شمارهٔ عمومی ۸۸۴۵ شمارهٔ قبض

واقف آقای حاج قطب المحدثین تاریخ وقف بهمن ۱۳۲۸

طول ۲۲ عرض ۱۶ گنجهٔ

هذه من جملة الهدايا التي ارسلها الى سيد الفقهاء والمجتهدين وسند العلماء
الراشدين رئيس الاسلام وحجة الله على الانام مولانا وملاذنا
الحاج ميرزا محمد حسن الشيرازي ادام الله ظله العالي على مفارق
المسلمين جعلني فداه [illegible] عمل الفقهاء المحسن ابن الاغا محمد
رضا الهمداني عفي عنه على التعليم على منابر النجف رحمه الله



تعليقات على متاجر الشيخ ره

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على خير خلقه
محمد وعترته الطاهرين ولعنة الله على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين
كتاب البيع قبل الشروع فى المقصود لابد من بيان معنى البيع وانه
هل للشارع او المتشرعة فيه اصطلاح خاص او هو مستعمل فى معناه
العرفى ولا اصطلاح لهما فيه بالخصوص فالشارع ومن تابعه
يستعملونه عند المكالمة مع اهل العرف على طبق استعمالهم له فيما يفهم
مضافا الى كونه ما مرّ عليه هو موافقا للاصل لان الاصل عدم النقل ما لم
يثبت النقل ثم وهذا واضح ولكن الشأن فى معرفة معناه العرفى لكونه من الامور
المهمة فى المقام اذ به يدور الاحكام المترتبة عليها لكونه موضوعا وكونه
ام الباب كما سيظهر فيما بعد ان شاء الله ثم لا يخفى ان تعريف هذا ونظائره
من الالفاظ على قسمين تارة يحصل بايراد خواص للمعرف بحيث يمتاز
مصاديقه عن جميع ما عداه مثلا يعلم ان المعاملة الكذائية بيع لا الاجارة
او الصلح لوجود خاصته فيها وتارة ببيان معناه وشرح اسمه بما
يراد

الكذائية بيع لا الاجارة

يراد مرادفه وهذا المعنى هو المراد فى المقام من بيانها وبعبارة
اوفى المقصود فى المقام معرفة ما يفهم من لفظ البيع فى المحاورات
وهو كما حكى عن المصباح انه مبادلة مال بمال والظاهر
هو اختصاص المال بالاعيان فلا يعم الحقوق ولا يخفى ان مطلق
المبادلة لا تسمى بيعا بل المبادلة على نحو خاص وهو ما لو جعل احد البدلين
متاعا والاخر قيمته له ما لكه وبعبارة اخرى جعل احد المتقابلين
اصلا والاخر بدلا لا نحو من هذا الاعتبار من دون عكس واما المبادلة
التى ليست فيها هذا الاعتبار كالمعاوضة بين شيئين حيث يصدق على
كل منهما انه عوض وعلى الاخر انه متعوض وبالعكس فلا يسمى بيعا فى العرف
وعلى هذا لا بد ان يحمل كلام القوم حيث قالوا انه مبادلة مال بمال على
القسم الاول من المبادلة لئلا ينتقض التعريف بالقسم الثانى ولا يبعد
اراده من العبارة هذا المعنى بل يمكن ادعاء ظهورها فى هذا القسم
لمكان الباء حيث انها ظاهرة فى مثل المقام فى جعل مدخولها بدلا
عن الغير من دون اعتبار جعل الغير بدلا عن المدخول واذا لاحظنا
المتبايعين بهذا الاعتبار يصير ذلك الغير متاعا والمدخول قيمة
له ويكون الباء بدلية وان شئت سمه قيمية لكون المدخول قيمة
وهذا الذى استظهرنا هو المتبادر من قولهم بعت هذا بهذا
ولذا يجعلون الفقهاء امام الثمن والمثمن فى خيار الحيوان اذا كان
كل واحد منهما حيوانا مع القول باختصاصه للمشترى بان ما كان

ولتوضيح الكلام نظائر في الفرق بين قول ان البيع مبادلة مال بمال او انه مبادلة بين المالين حيث ان الاول ظاهر في كون احدهما اصلا والآخر فرعا بخلاف الثاني فان الظاهر منه كون المالين في عرض واحد على حد سواء فافهم منه رحمه

منها دخولاً للبائع هو الثمن هذا ولو ابيت الا عن ظهور تعريفهم
في العموم فنلتزم بانتقاض التعريف ونسلمه ولكن الانصاف ظهوره
فيما قلناه ثم لا يخفى انه يشكل بما ذكرنا من عدم كون مطلق التمليك بمقابل
هو التمليك الخاص ما ذكره بعض من ان مطلق التمليك هو البيع فلو
علم التمليك وشك في كونه بيعا حكم بالبيعية وعلى ما ذكرناه من ثبوت الواسطة
لابد من الرجوع الى الاصول الجارية فيه فافهم وبما ذكرناه من انه
مستعمل في معناه العرفي ظهر فساد ما قيل من انه عبارة عن العقد
الخاص الواقع بالفاظ مخصوصة او عن المعنى المعبر عنه بالفاظ خاصة
بل هي عبارة عن تمليك الغير مالا عوضا عن مال واعتبار لفظ
الانشاء في المقام كما اعتبره بعض حيث قالوا انه عبارة عن انشاء
التمليك بظاهره لغو ضرورة ان التمليك عبارة عن انشاء الملكية
فاعتباره عبث لا يحتاج اليه الا بالتوجيه الآتي وان مطلق التمليك بالعوض ايضا
ليس بمقابل التمليك الخاص الذي اشرنا اليه وهو كونه على وجه بحيث
يصدق على احدهما اصلا وعلى الآخر قيمته من دون عكس ثم
انك بعد ما عرفت من ان البيع مستعمل في معناه العرفي وليس
له حقيقة شرعية وان استعمالاته ولو في بعض الموارد الخاصة كا
ستعمالات اهل العرف من دون تغير في حقيقة معناه ولو
حين اثبات بعض الآثار له او سلب بعضها عنه اذ ذلك لا يستلزم
تغير المعنى تعلم ان اتمام بعضهم كلمة شرعا ليس على ما ينبغي اذ ليس
معناه

معناه الشرعي مغايرا لمعناه العرفي والقول بانه عبارة عن
العقد لا وجه له اذ ليس ذلك معناه العرفي والظاهر اتحاد
معناه العرفي مع اللغوي ايضا مضافا الى كونه مؤيدا بالاصل وبما
ذكرنا من ان المراد من التعريف شرح اسمه وبيان ما هو الموضوع
له وما هو المفهوم منه بما يرادفه كما هو شأن اللغوي
لا ابانة ماهيته وحقيقته بذكر حده او رسمه بذكر بعض خواصه
ظهر لك ان التعريفات التي ذكروها لا تخلو عن مسامحة منها ما نقلنا
عن المصباح من انه مبادلة مال بمال لوضوح التسامح انه فسر البيع
بالمبادلة مع ان البيع وصف البائع فقط وهو احد المالكين
الذي يبدل ما في ضمانه اصلا والمبادلة فعل الطرفين فليس التفسير
بالمرادف ان قلت كما انه يتصف به مالك الاصل قد يتصف به مالك القيمة ايضا
اعني المشتري لصحته ايضا فهذا يكشف عن كونه للجامع بينهما او
هو مطلق المبادلة قلت لو سلم كونه حقيقة فيه فمن قبيل الصفات
التي وضعت للضدين كالقرء فانه للطهر والحيض لا لكونه موضوعا
للجامع بينهما كيف ولو لم يكن كذلك لما صح اطلاقه في خصوص
كل واحد مع انه يستعمل في خصوص البائع او المشتري لا لكليهما في
استعمال واحد ولو قلنا بوضعه للجامع بينهما لابد ان يكون موضوعا
لجامع اعم من مطلق المبادلة بحيث يصدق على كليهما وكل واحد
منهما ولا يخفى بعده وكذا تفسيره بانه انتقال ملك عين مال الى

مالك آخر وجه المسامحة ان الانتقال صفة البيع والبيع صفة
البايع فليس البيع انتقالا بل الانتقال هو الاثر الحاصل و كذا
تعريفه بانه نقل ملك من مالك الى مالك آخر كما حكي عن جامع
المقاصد وجه المسامحة ان النقل وان كان فعل البايع الا ان ما يفهم من
النقل مغاير لمفهوم البيع اذ النقل عبارة عن تحريك شيء من مكان
الى مكان آخر واستقراره فيه وليس هذا معتبرا في البيع بل ولا
يصح في بيع الكلي اذ الكلي غير موجود حتى ينقل الى المشتري والشيء
المنقول لابد ان يكون موجودا ان قلت ان البيع عبارة عن النقل
وذلك لا يقتضي ان يتحقق النقل حين المعاملة بل يصدق لو تحقق
ولو بعد اجراء الصيغة بزمان قلت ارادة هذا المعنى الاعم ينافي
قوله من مالك الى مالك اذ لا يصدق عليه ما دام كون المبيع كليا
انه مالك اذ هو غير موجود فكيف يتصف بالملكية حتى يصدق
عليها لفظ المال الصحيح قولك من مال زيد في ذمة عمرو وكذا في
التعريف ان يقال انه عبارة عن تمليك الغير مالا بعوض بمعنى
صيرورة الغير صاحب الملك فيشمل بيع الكلي اذ به يصير الغير اعني
المشتري ذا الملك على ذمة البايع و عهدته وكذا غيره من البيوع
والمراد من المال ما يقابل المنفعة و الحقوق حيث لا يصدق
عليها المال و يعم المال الموجود الخارجي وما في الذمة اعني الاموال
الكلية ان قلت الملك من الاضافات الخارجية بمعنى ان متعلقه لا
بدان

لا بدان يكون موجودا خارجيا ولا يتصف الكليات بالملكية حتى
يصح تمليكه ان قلت سلمنا نفس الكلية لا يتصف بالملكية ولكنه
يتصف بها بعد تحققها في ضمن الافراد فقولنا تمليك الغير مالا
يعني ما يتصف بالمالية ولو بعد البيع وبعبارة اخرى ان له شانية
التمليك قلت فليعتبر مثل ذلك في النقل المأخوذ في التعريف حتى
لا يرد النقض بالكلي لان له شانية الانتقال قلت الملك وان
كان من الاضافات لكن اتصاف الشيء به امر عرفي بمعنى انهم
يطلقون في موارد استعمالهم لانهم لفظ كلمة الملك على الاعيان
الخارجية ولا يتصفون بها الكليات من حيث كونها كليا ولكنه قد
يتصف الكلي بالملكية باعتبار تحققها في الخارج وليس هذا ايضا
مطلقا بل فيما اذا التزم شخص ايجاد الشخص آخر نحو من الالتزامات نحو
يقولون ان له على ذمة فلان كذا من الدراهم مثلا وظاهر ان
معناه ان فلان مالك للمال في الذمة لمكان اللام لانه للتمليك
للملك فظهر ان الكلي بهذا الاعتبار صالح للملوكية فعلا حين
المعاملة ولم نحو من الوجود بهذا الاعتبار وان شئت سمه موجودا
شانيا ولا منافاة بين كونه موجودا شانيا وصالحا للاتصاف المذكور
حيث ان الامر منوط باهل العرف وهم يتصفون الكلي بهذا
الاعتبار بالملكية فافهم الا انه يصير ملكا فيما بعد بخلاف النقل
اذ الكلي المتصف بالملكية بالتقريب المذكور لا يتصف عند العرف با

فعلها
الكلية
حيث يصدق عليه لفظ المال الصحيح قولك من مال زيد في ذمة عمرو وكذا انه

بانتقاله من ذمة البائع الى ملك المشتري مضافا الى كون انتقال
ما في الذمة في المقام غير متصور وان جاز تصويره في بعض
المقامات كما في الحوالة مثلا اذ المتصور انتقال الموجود الخارجي
الذي يتحقق الكلي في ضمنه وهو لم يتحقق بعد غاية الامر ان النقل
ملازم للبيع وهذا لا يكفي في صحة التعريف لانا قد بينا ان المراد
في المقام شرح اللفظ بايراد مرادفه او بايراد ما يوجب تصور المفهوم
المفهوم الذي وضع اللفظ الذي اريد تفسيره له بحيث يعلم ان الموضوع
له وهو هذا المعنى كما هو شأن اللغوي لا التحديد لماهية البيع سواء
وضع بازائها لفظ ام لم يوضع كما هو الحال في حدود الماهيات ولا
رسم الماهية كذلك بذكر بعض خواصها وما يلازمها حتى تمتاز الماهية
عما عداها وقد عرفت ان النقل من حيث المفهوم مغاير
للبيع فلا يصح تفسيره به بل التفسير لا بد ان يكون بلفظ التمليك على
الوجه الذي ذكرناه او ما يرادفه حتى يحصل المفهوم في الذهن و
ليس التمليك مرادفا للبيع مع قطع النظر عن القيودات المذكورة
ولكنه بسبب تلك القيودات وانضمامها اليه يتصور الموضوع
له بعينه وهذا المقدار يكفي في تفسير اللفظ ثم انه لا خفاء
ولا اشكال في ان لفظ التمليك ظاهر في تحقق الملكية الواقعية وحصولها
في الواقع ولفظ ملكت بظاهره يدل على حصول الملكية في الواقع ملكت
المستلزم للتملك الطرف المقابل نظير لفظ التعليم حيث ان تحققه
مستلزم

ل

مستلزم لتعلم الطرف المقابل فلا يصدق علمية عند انتفاء التعلم وكذا
الملكية عند انتفاء التملك ومقتضى التمليك الواقعي ثبوت التملك
الواقعي وانتفائه بانتفائه ولا ريب ان البيع ليس عبارة عن التمليك
بهذا النحو اعني التمليك الواقعي والا لما احتاج في ترتب الاثر وثبوته الى
القبول كما لا يخفى بل البيع عبارة عن ايجاد الملكية وانشائها التي هي
مدلوله لبعت اذا كان انشائيا بخلاف الاول فانه مدلوله الاخباري
وح فلو تعقب الانشاء القبول يحصل الملكية الواقعية والا فلا يترتب
على انشائها اثر وهذا هو الوجه في اعتبار لفظ الانشاء في التعريف
حيث عرف بانه انشاء تمليك عين بمال والمراد بالعين ليس خصوص العين
الخارجي حتى يخرج الكلي بل المراد به كونه عينا لو وجد وصار تحصيلا في
الخارج فيقابل المنفعة والحقوق فيشمل الكليات التي تتصف بالمالية
بانحاء التي ذكرناها فيما سبق وليس المراد منه مطلق الاعيان بحيث يشمل الملاحظة
الخسائس التي لا مالية لها ولا تتصف بالملكية بل المراد منه العين الذي هو
مال فهو حينئذ خروج ما لا يملك عن المقصود لعدم كونه قابلا للبيع فا
التعبير بالعين المطلق مسامحة الا ان يدعى ان البيع موضوع
للاعم مما يترتب عليه الاثر وما لا يترتب لا خصوص الصحيح اعني
المترتب عليه الاثر ثم ان الظاهر انا لو قلنا باشتراط المالية في العوض لعدم
لا بد ان نقول باشتراطه في المعوض لعدم التفكيك بينهما في نظر العرف
ولذا لم يورد احد على ما في المصباح من ان البيع مبادلة مال بمال بان

ولو صح التعبير لعدم اطلاق العين عليه بل هو صرف الحق والاولوية بالنسبة الى العين واطلاق البيع على اجرة العبد وسكنى الدار في بعض الروايات على سبيل التجوز كما نطق به جمع ولا يخفى [illegible] جواز بذل المال بازائه [illegible] وفيه انه لو كان مراده [illegible] الحال اعتبار المالية في المعوض غير مناسب لما [illegible] تخفى فتامل منه

المالية بحسب لبيت شرطا فى العوض ومن هنا مضافا الى كلمات الفقهاء
ومحاورات اهل اللسان يمكن استظهار اعتبار المالية فى العوض ومن
عبر عنه بمطلق العين مسامحة فى التعبير فافهم لا يخفى ان التعريف
لا بد ان يكون بحيث لا يشمل غيرها من المفاهيم حتى يمتاز المعرف عما عداه
فقولنا هو انشاء تمليك بمنزلة الجنس يشمل جميع الاسباب المملكة من الصلح
والهبة والقرض والاجارة وغيرها وبقولنا عين خرج الاجارة
لانها تمليك المنافع لا الاعيان وبقولنا تمليك عين بمال خرج مطلق
المعاوضة لو لم يجعل احدهما اصلا والاخر قيمته على ما عرفت وخرج
بقولنا بمال غيرها من الاسباب المملكة كالهبة والقرض والصلح اذ
الظاهر من تمليك العين بالمال اخذ المال عوضا عن المبيع بحيث
يصدق المعاوضة والمبادلة على النهج المذكور اما الهبة وان كانت
تمليكا الا ان المجانية فى مفهومها معتبرة لان الهبة عبارة عن اعطاء
شئ للاخر مجانا لا بعنوان المعاوضة وهذا بالنسبة الى الهبة الغير
المعوضة ظاهر واما بالنسبة اليها فيظهر بعد التأمل فى مفهوم الهبة
وكيفية تحقق مصاديقها اذ هى اعنى الهبة المعوضة عبارة عن
اعطاء الواهب ما فى يده للاخر ويشترط فى ضمن العقد ان يعطيه
الاخر الشئ الذى جعل عوضا عنه لا بعنوان المعاوضة بل بعنوان
المجانية وكيف لا يكون كذلك مع ان المجانية معتبرة فى مفهومها و
اما الصلح فليس مفهومه تمليك مال بمال بل المفهوم منه التسالم بين
الخصمين

الخصمين فانه يتعلق الصلح ليس بظاهر عوضا عن شئ بل هو من اسباب
التسالم واما القرض فلانه لا يصدق عليه المعاوضة لان الظاهر
منها ان ينتقل شئ من كل منهما الى ملك الاخر من الاخر اليه وليس
فى القرض كذلك وانما هو اعطاء المال وتثبيته فى ذمة المديون
بحيث لو شاء ارده ولو شاء تلفه ثم يعيده وان شئت سمه تمليكا بتغريم
بالمثل ثم انك قد عرفت ان اعتبار لفظ العين فى التعريف لاخراج
المنافع والحقوق ولكن الشان فى اثبات الدعوى اعنى عدم صدق البيع
عليها وعدم قابليتها للبيع فنقول اما المنافع والحقوق الغير المالية
خروجها عن مصداق البيع وعدم قابليتها له فظاهر لظهور
عدم اتصافها بكلمة بعته فى العرف واما الحقوق المالية فان منا
البيع وقوامها بذل المثمن واخذ الثمن اذ قد عرفت انه المبادلة
على الوجه المخصوص وان كان التعبير بها لا يخلو عن مسامحة فنقول
ان الحق ولو كان ماليا لا يعقل بذله بالعوض الغير واخذ منه لانه عبارة
عن السلطنة الفعلية اعنى كونه سلطانا عليه بحيث لا يكون للغير يد على
ما فى يده ملك له وهذه السلطنة والعرض لا ينتقل من موضوع الى
اخر فلا ينتقل شئ من صاحب الحق الى صاحبه من قبله بازاء ما
اخذ منه مع تمكن اعدام سلطنة اخرى مماثل لسلطنة الاخر وهذا لا
يوجب انتقال شئ منه اليه ولا بد فى البيع ان شئ من كل
الى الاخر كما قد عرفت مرارا ان قلت الملك كالحق ليس قابلا للانتقال

لان ما فى يده

سلطنة مماثلة واحداث

ينتقل

لحيث قابلة للانتقال حتى يبدل او يعوض لانه من الاعراض المتقوم بذات من له السلطنة والعقلى

توضيحه ان الحق عرض قائم بمن له الحق ووصف له فلا ينتقل الى الغير بخلاف الملك فانه من اوصاف العين من رجح فيمكن انتقال العين وبعده تتصف بملكية اخرى حيث ان الدوال والمرتبة ذلك ان الدوال في حقيقة انتقال العرض ولا في حقيقة تبدل العرض ولا ريب في جواز ان في كماله انتقال في اشباح الدوال فافهم منه

لكونه ايضا من الاعراض فيلزم على ما ذكرت ان لا يباع الملك ايضا لعلت الملك والحق وان كانا
كلاهما من الاعراض الا ان الحق لو انتقى لما بقي شيء ينتقل اليه بخلاف الملك فانه بعد انتفاء الملكية
ينتقل العين الخارجي الى اخر ويحدث بالنسبة اليها ملكية اخرى ولكن الحق ليس كذلك ان قلت كيف
يبذل المال بحذائها مع انها ليست قابلة للانتقال قلت لا تنافي بينهما لجواز اعطاء المال في
البيع عنه واسقاط السلطنة بالنسبة اليه واحداث سلطنة اخرى لمن اعطاه فثبت مما ذكرناه انه
لا بد ان يكون الثمن والمثمن كلاهما مالا لا غير كما هو صريح ما نقلنا من المصباح من انه مبادلة مال
بمال واعلم انه ذكر شيخ مشايخنا قدس سره في باب شروط العوضين ان الظاهر من التامل وهو انه قال
بعد جملة من الكلام والاولى ان يقال ان ما تحقق انه ليس بمال عرفا فلا اشكال ولا خلاف في عدم جواز
وقوعه احد العوضين اذ لا بيع الا في ملك وما لم يتحقق فيه ذلك فان كان اكل المال في مقابله اكلا
بالباطل عرفا فالظاهر فساد المعاملة وما لم يتحقق فيه ذلك فان ثبت دليل من نص او اجماع على عدم
جوازه بعد فهو والا فلا يخفى الرجوع الى عمومات صحة البيع والتجارة وخصوص قوله في المروي عن
تحف العقول وكل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فكل ذلك حلال بيعه انتهى كلامه رفع
مقامه ضرورة انه كيف يمكن التمسك بالعمومات في الشبهات المصداقية التي منها المقام بعد اخذ المالية
في العوضين في مفهوم البيع المشكوك بالفرض اللهم الا ان يقال بعدم اخذ المالية فيهما في المفهوم
لكنه مناف لما ذكره قدس سره في غير موضع من كتابه كما لا يخفى على من راجع اليه فافهم تنبيه وهو ان الفقهاء
ذكروا جواز بيع الدين بغير من هو عليه وكذا قالوا بجوازه على من هو عليه فلا بد من صدق المبادلة
عليه وهذا لا يتم الا على فرض كون ما في الذمة قابلا للانتقال ولو بنحو من الاعتبار كما اشرنا اليه سابقا
وصدق مفهوم البيع على بيع الدين بغير من هو عليه لا خفاء فيه بعد بيان اتصافه بالمالية
بالتقريب المتقدم واما صدقه على بيعه على من هو عليه ففيه خفاء لان صدق البيع فرع تحقق التمليك

والتملك

7

والتملك فلا بد ان يكون المبيع قابلا لان يملكه المشتري وتملك الانسان ما في ذمة نفسه ولو انا ما
غير متصور فيشكل صدق البيع عليه ويندفع الاشكال بان التملك ملازم لاسقاط ما في الذمة فتمليك
ما في ذمته نفس سقوطه ولا ينفك عنه انا ما حتى يتصور المراد بعدم تصور عدم امكان تحققه انا ما
في الخارج لما بينا من التلازم بينهما والا فنفس تصوره غير ممتنع كما لا يخفى وربما يتوهم عدم كون الكلي
مطلقا قابلا للتملك والانتقال ولهذا حكموا بعدم جواز هبة الدين بغير من عليه الدين ولكنه فاسد
يظهر وجهه بملاحظة صدق المال عليه في نظر العرف اذا استقر في ذمة شخص خاص باعتبار وجوده الخارجي
كما اشرنا اليه سابقا ولهذا يجوزون بيع الكليات واما مستند الحكم بعدم جواز الهبة المذكورة فلعدم
امكان تحقق شرطها اعني القبض وهو شرطها كما صرح به جمع من الاساطين لا لعدم كونه قابلا للتملك
فافهم واعلم ان ما ذكرنا في تعريف البيع من انه انشاء تمليك عين بمال الجاري على ما ذكره بعض الاعلام قدس سره الا
في الانصات ان هذا ايضا ليس تعبيرا بالمرادف ولا على نحو يتصور ماهية البيع بحقيقتها اذ البيع وان لم
يكن مرادفا للنقل الا ان النقل معتبر في مفهومه ضمنا حيث انه عبارة عن نقل ملك عن مالك وثبوته لاخر
فمفهومه مركب من نقل وتمليك فمن عرفه بالنقل كجامع المقاصد انما لاحظ الاول منهما ومن عرفه بالتمليك
فبملاحظة الثاني ويحد بيان كونه مركبا من كليهما يعرف ما في كليهما من التسامح الا ان يدعى ارادة الغاية
في التعريف الاول اعني تعريف مع في المفهوم فيصح التعريف الا انه ليس صريح الدلالة في المطلوب مع انه لا بد ان
يكون المعرف صريحا في بيان المراد والمفروض ان اعتبار المفهومين في المفهوم على حد سواء وهذا الايهام
في التعريف بالشرع على عدم ما ادعينا من اعتبارهما فيه يعلم بعد مراجعة الوجدان وتخلية الذهن عن كل هذا
في مفهوم البيع الذي يكون مصدرا للباع اعني مفهومه المصدري وقد ذكر له معان اخر والظاهر كونه مجازا
فيها وكثيرا يستعمل في الاثر الخارجي الحاصل منه والظاهر ان من هذا القبيل اطلاق فهم لزم البيع او وجب او
لا بيع بينهما او غير ذلك من موارد الاستعمالات فهذا من قبيل اطلاق السبب وارادة المسبب ومن هذا القبيل

مع انه لا معنى لقولنا حلل الله الاثر الذى هو البيع او جعله ملازما لامضائه ولا لتقريره فيكون الكلام مستدركا منه

ايضا قوله تعالى احل الله البيع والمراد به هو الاثر الحاصل في نظر العرف ومعنا انه تعالى امضاه واثبتهم على طريقتهم المتعارفة للاثر الشرعي اذ المحاورات لابد ان يكون في مثل المقام بلسان القوم كما لا يخفى الكلام في المعاطات وهى على ما فسره جماعة ان يعطى كل من اثنين عوضا عما ياخذ من الاخر من غير اعتبار اللفظ والكلام تارة في تصور اقسامه واخرى في بيان محل كلمات العلماء رضى الله عنهم فيها في اى صورة من الصور تارة في حكم كل واحد من الاقسام فنقول بعد ما عرفت ان اللفظ غير معتبر في مفهوم البيع عرفا ولم يثبت عنه حقيقة شرعية فمقتضا الحكم بكون المعاطات بيعا لو قصد التمليك عند الشك وان جاز ان نعتبره في مقام التاثير توضيحه ان اعتبار اللفظ في تاثير البيع مع القول بعدم ثبوت الحقيقة الشرعية يتصور على اقسام ثلثة احدها ان يقال بان البيع موضوع لمطلق التمليك سواء ترتب عليه التاثير اعنى التملك ام لا والمعتبر شرعا في ترتب التملك اللفظ الخاص مثلا فلا شبهة على هذا في كون المعاطات المقصودة فيها التمليك بيعا غاية الامر انه لا يترتب عليه الاثر فيكون البيع على قسمين قسم يترتب عليه الاثر وقسم ليس كذلك هذا لو علم اعتبار اللفظ واما لو شك كما هو المفروض في المقام فمقتضى عموم احل الله البيع وغيره من الاصول اللفظية الحكم بالعدم وكونه مؤثرا لان الشك في اعتبار امر زائد مدفوع بالاصل ثانيهما ان يقال ان البيع عندهم هو السبب المؤثر في نظر الجاعل فيكون الوصف والذات كلاهما موضوعا له فلو اعتبر اللفظ في مقام التاثير وحكم بعدم ترتب الاثر على فاقده لو كان مؤثرا عند العرف يخرج ما يقع بلا لفظ عن كونه مصداقا للبيع عندهم لا يتوهم ان هذا الفرض يوجب خروج بعض المصاديق العرفية عن تحتها اذ نظرات القول يقتضي بثبوت الحقيقة الشرعية والمفروض عدمه لان المفهوم على عمومه باق على حاله لانه في الشرع ايضا السبب المؤثر والتفاوت فيهما من حيث المفهوم وانما الاختلاف في المصداق وليس منشأ الاختلاف في المفهوم فلا ينافي كونه على معنا اللغوي بعينه مع خروج بعض المصاديق عن بعض ودخله فيه عند الاخرين كما لا يخفى ظهر فلو شككنا على هذا الفرض في كون المعاطات مؤثرا او غير مؤثر يكون من الشك في المصداق الخارجي ولا يجوز

التمليك

التمسك بالاطلاق او العموم لتعيينه الا انك قد عرفت ان المراد من البيع في قوله تعالى احل الله البيع مثلا البيع المتعارف والاسباب التي يرونها مؤثرا الا ما هو المؤثر عند الله واذا كان المراد منه البيع العرفي يمكن التمسك به لرجوع ذلك الى التقييد واعتبار امر زائد في اصل المفهوم في مقام التاثير فلا مانع من اجراء الاصل ثالثها ان يكون الموضوع له ذات السبب المؤثر من دون ملاحظة لوصف التاثير الا انه معرف للموضوع له نظير ما لو كان الجملة متصفة باوصاف خاصة صارت اسماؤها باعتبارها ما يكون من صفاتها معرفات عن اساميها من غير اعتبار في الموضوع له وليس ذلك مما كان الوضع عاما والموضوع له خاصا كاسماء الاشارة على قول بان يكون كل فرد هو الموضوع له بخصوصه ويكون الوصف آلة اللحاظ بل الموضوع له هو المفهوم الكلي الملازم في الوجود الخارجي مع هذه الاوصاف وهذا القسم كسابقه في صيرورة اللفظ مجملا وجواز التمسك بعموم احل الله البيع في مقام الشك مع هذا لكونه على لسان القوم والقوم يزعمون انه مؤثر ولا مدخلية للفظ في التاثير فتحصل من جميع ما ذكرنا ان المعاطات المقصود فيها التمليك بيع الا ان يلتجئ بثبوت الدليل على اعتبار اللفظ بحيث يرفع الشك وسيجيء ما فيه ان شاء الله الكلام في تصوير المعاطات فنقول انها تتصور بصور احدها ان يقصد كل من المتعاطيين بفعله هذه التمليك الذي يتحقق بالبيع بحيث يجعل احد العوضين ثمنا والاخر مثمنا ثانيها ان يتعاطيا على جهة الاباحة بان يبيح كل منهما للاخر التصرف فيما يعطيه من دون نظر الى تمليكه وهذا يتصور على قسمين احدهما ان يبيح كل منهما باعطائه عوضا عن اباحة الاخر والثاني ان يبيحه بشرط اباحة الاخر باعطائه له والفرق واضح ثالثها ان يقصد كلاهما الملكية المطلقة من غير ملاحظة الثمنية والمثمنية فيكون التمليك على نحو المعاوضة والمبادلة قال شيخ مشايخنا قدس سره في مكاسبه بعد ان ذكر هذا الوجه من ان التمليك بالعوض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع لا غير انتهى لكنك قد عرفت فيما تقدم ان التمليك بالعوض اعم من البيع وان البيع هو التمليك الخاص بحيث يجعل احدهما اصلا والاخر بدلا اللهم الا ان يراد بالبيع ما ذكرنا في التعريف وهو بعيد بل ينافي لتأسيس الاصل الله

نبه عليه رابعها ان يتعاطيا مجردا عن قصد التمليك والاباحة بخصوصهما بمعنى ان مقصودهما
ان يتصرف كل واحد منهما مما في يد صاحبه واعطاه ما في يده مجردا عن عنوان الاباحة والتمليك
واورد عليه شيخ مشايخنا قده بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان البيع او الاباحة او العارية
او الوديعة او غير ذلك من العناوين الخاصة لكن الانصاف امكان تعقله كما انه يتعقل ارادة ازالة
علقة نكاح احد من زوجاته كما يعقل انشاء سبب ذلك وان لم يترتب عليه الاثر في الخارج لان ترتب
الاثر بيد الجاعل لا بحيره وكذا فيما نحن فيه الكلام في بيان مورد كلمات العلماء في الاقسام المتصورة
وبيان ما في ايدي الناس فنقول لا شبهة لاحد في ان ما في ايدي الناس من القسم الاول اي المقصود
التمليك المحقق بالبيع وسواء في ذلك الحقير والحقيقة نعم يتوقف في الامور الجليلة بالايدي
في الحقيرة لاستحكام امرهم لانتفاء قصد البيعية في الحقيرة وهذا غير خفي على من لاحظ
طريقة الناس وراجع اسواقهم اذا عرفت ذلك فنقول احتمال كون عنوان الفقهاء المسئلة
ناظرا الى غير هذا القسم مع كثرة ابتلاء الناس به بعيد في الغاية وبين العلماء تمام ما هو
امور نشير اليها ان شاء الله ثم ان كلمات العلماء في المقام في حكمهم بعدم كون المعاطاة بيعا وانما يفيد
الاباحة يحتمل وجوها بعضها بعيد وبعضها ابعد احدها ان يكون المراد بيعا عدم تحقق موضوع
البيع فيما بايدي الناس بانهم لم يقصدوا البيع وانما يقصدون الاباحة وهذا الوجه بعيد غاية
البعد الثاني حكمهم بالاباحة في مورد قصد المتعاطيين الاباحة كما صنعه بعض من قارب عصرنا
وهو بعيد ايضا مخالف لظاهر كلماتهم بل الصريح بعض كما ستحقق انشاء الله الثالث حمل الاباحة على الملك
المتزلزل كما صنعه المحقق الثاني وهذا ايضا بعيد الرابع ان يكون مورد كلماتهم اما خصوص ما اذا
قصد التمليك او الاعم منه ومن قصد الاباحة بحيث يكون كلماتهم شاملة لصورة قصد التمليك
وهذا هو الذي يظهر من مجموع كلماتهم بعد ملاحظة المجموع ورد بعضها الى بعض وبالجملة فالذي

ينبغي ان ينبه

ينبغي ان ينبه في هذا المجال عدم خروج صورة قصد التمليك عن مورد كلماتهم بل اما ان يكون
المورد هو خصوصه او الاعم فالمهم في المقام اثبات شمول كلماتهم لما اذا قصد التمليك
في المعاطاة لا خصوص قصد الاباحة سواء شملها ام لا وبعد بيان ما فهمنا ارتكبوه من
البعد عن ظاهر كلماتهم وهذا لا بد من ايراد كلمات بعضهم الظاهرة في المقصود فنقول
مستمدا من الله تعالى قال المحقق في الشرايع ولا يكفي التقابض من غير لفظ وان
حصل من الامارات ما دل على ارادة البيع انتهى ولا ريب في صراحة كلامه في ما ادعينا
انه لم يقل بها في خصوص قصد التمليك لان مراده قده ان البيع لا يحصل بمجرد
الفعل في الخارج لعدم احتسابه في اثبات الملكية كاللفظ فلا يترتب عليه الاثر في
نظر الشارع وان حصل من الامارات ما دل على ارادة الملكية وظهوره في ذلك هذا
غير خفي وقال في السرائر بعد ذكر اعتبار الايجاب والقبول واعتبار تقدم الاول
على الثاني ما هذا لفظه فاذا دفع قطعة الى البقلي او الشارب فقال اعطني فانه لا يكون
بيعا ولا عقدا لان الايجاب والقبول ما حصلا وكذلك سائر المحقرات وسائر الاشياء
محقرا كان او غير محقر من الثياب والحيوان او غير ذلك وانما يكون اباحة له فيتصرف
كل منهما فيما اخذه تصرفا مباحا من غير ان يكون ملكه او دخل في ملكه ولكل منهما ان
يرجع فيما بذله لان الملك لم يحصل لهما وليس هذا من العقود الفاسدة لانه لو كان
عقدا فاسدا لم يصح التصرف فيما صار الى كل منهما وانما ذلك على جهة الاباحة انتهى
كلامه هذا وان كان دالا على نفي البيعية عنها الا انه صريح في شموله لما لو قصد
المتعاطيان التمليك وذلك اعني عدم صدق البيعية لابتنائه في ثبوت الفعل بفعلهما
بعينها صار اليه من كون البيع عقدا شرعا وقوامه العقد ويكشف عن كون ما رفعا

للعقد عنده ذكرها في عرض واحد وتعليله لها بعلة واحدة من الايجاب والقبول
ما حصلا ويعلم من هذا التعليل ثبوت قصد التمليك لانه على فرض عدمه تعليله اولى
من تعليله بما ذكر كما لا يخفى ثم ان نفي البيعية عن المعاطاة في كلامه قد يحمل اولا
نفي كونه بيعا صحيحا عند الشارع المترتب عليه الاثر في نظره وان كان بيعا في العرف فيكون
بيعا فاسدا شرعا ولكن هذا مشكل لمنافاته لما صرح به بعضهم في ذيل كلامه من عدم كونه
فاسدا وعدم انتساب ما صدر من العلماء رضوان الله عليهم بالقول بكونها بيعا
فاسدا الا ما عن العلامة ره في النهاية الثاني ان يكون المراد بعدم كونها عدم
كونها سببا مؤثرا في نظر الشارع لاعتباره في مقام التاثير اللفظ مع كون مفهوم
البيع هو السبب المؤثر فحكم بعدم كونها بيعا لخروجها عن مصداق البيع لعدم كونها
سببا مؤثرا وبعبارة اخرى اخذ التاثير في مفهوم البيع واطلاق البيع الفاسد كالعقد
العقد الفاسد ليس الا اطلاقا مجازيا ولذا تقيده بلفظ الفاسد قرينة على المجاز
والفرق الثاني لعدم كونها بيعا وانما هو اباحة صرفة كما صرح بها وبالجملة
ظهوره في المدعى غير محتاج الى البيان وان كان مشكلا من جهات اخر وهذا لا ينظر فيما نحن
بصدده وعن الشيخ ره في الخلاف اذا دفع قطعة الى البقلي او الشارب فقال اعطني
بها بقلا او ماء فاعطاه فانه لا يكون بيعا وكذا سائر المحقرات وانما يكون
اباحة فيتصرف كل منهما فيما اخذه تصرفا مباحا من دون ان يكون ملكه وفائدة
ذلك ان البقلي اذا اراد ان يسترجع البقل او اراد صاحب القطعة ان يسترجع
قطعته كان لهما ذلك لان الملك لم يحصل لهما وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة
يكون بيعا صحيحا وان لم يحصل الا الايجاب والقبول وقال ذلك في المحقرات دون غيرها

بينه وبين الاول الذي استند اليه العلامة قده انه على الاول يترتب عليه اثار البيع كما ... بخلافه

ودليلنا

ودليلنا ان العقد حكم شرعي ولا دلالة في الشرع على وجوده هيهنا فيجب ان لا يثبت واما
الاباحة بذلك فمجمع عليها لا يختلف العلماء فيها انتهى كلامه رفع مقامه ومن البين
ان النزاع بينه وبين ابي حنيفة فيما اذا قصد التمليك والا فلا وجه لاستفادته
فلعله لعدم تحقق البيع بعدم تحقق الايجاب والقبول لضرورة ان الاسناد
الى عدم قصد التمليك اولى من الاستناد به وتوهم كون النزاع معه صغرويا
بمعنى ان الشيخ قده يدعي عدم قصد التمليك من المتعاطيين في المعاطاة المتعارفة
فلا يكون بيعا لانه لا بد فيه من القصد المذكور وابا حنيفة يدعي قصده فيها
فيحكم بتحقق البيعية مدفوع اولا بانه بعيد عن سياق الكلام كما لا يخفى حيث علل
بعدم تحقق الايجاب والقبول وبان العقد حكم شرعي بل لا يمكن حملها على ما
توهم لصراحته في المدعى وعدم قابليته للتاويل وحكمه بانتفاء البيعية في المعاطاة
لاجل ما ذكرناه سابقا من ان البيع عندهم هو العقد حيث انتفى البيع وبالجملة
ظهور كلمات العلماء فيما ادعيناه ليس قابلا للانكار ومن اراد التتبع فليرجع الى كتبهم
الكلام في حكم كل من الاقسام المتصورة المتقدمة في اول العنوان ولا بد قبل
التعرض لها من بيان مقدمة حتى يظهر حقيقة الحال وهي معرفة حقيقة الايجاب
والقبول في ان كل منهما كما يتحقق باللفظ كذلك يتحقق بالفعل الكاشف عن الرضا
ام لا فنقول مستمدا من الله تعالى انهم قد قالوا بجواز تقديم القبول على الايجاب
في النكاح وغيرها مثلا لو قال المشتري مشيرا الى سلعة بعينها فقبلت بعتكها
صح العقد ولا يحتاج الى ايجاده قبولا اخر قال الشيخ ره في المبسوط في كتاب النكاح
على ما حكي عنه بعد كلام له ما هذا لفظه واما ان تاخر الايجاب وسبق القبول

فان كان في النكاح فقال الزوج تزوجتها فقالت زوجتكها صح وان لم يعد الزوج القبول
بلا خلاف الى ان قال وان كان هذا في البيع فقال بعنيها فقال بعتكها صح عندنا و عند
قوم من المخالفين وقال قوم منهم لا يصح حتى يسبق الايجاب انتهى فادعى الشيخ عدم الخلاف
في الصحة حكم في النكاح وفي البيع عندنا اذا عرفت هذا فلان التامل فيه انه هل هو قبول
لفظي مقدم على الايجاب او هو كاشف عن القبول الفعلي المتعقب للايجاب والرضا
على مؤداه والظاهر كونه من القسم الثاني ضرورة عدم كون الرضا بالايجاب للمتقبل
من معنى الامر بالبيع وان كان مستلزما له وانما هو استدعاء للبيع فيكون كاشفا
عنه على نحو الامارة لا الدلالة فليس هو كلفظ الايجاب المتاخر مضافا الى شهادة
الوجدان السليم بعدم كون الامر بالبيع عند الناس انشاء للقبول كالايجاب فلو كان
البيع عبارة عن التمليك المتحقق في ضمن الايجاب والقبول اللفظيين يلزم ان
لا يكون هذا بيعا اصلا مع انهم حكموا بكونه بيعا صحيحا فهذا يكشف عن ان البيع
بالقول بمعنى كونه يتحقق بالفعلين فانشاء التمليك في تعريف البيع اعم من
ان يتحقق في ضمن القول او الفعل ومع هذا التعميم ايضا لا شبهة في خروج
بعض افراد المعاطاة عن تعريف البيع حيث لا انشاء فيها كما اذا علم برضاء
صاحب السلعة ان وضعها في معرض البيع لشرائه على ثمن خاص فان المشترين
حينئذ ياخذون ويضعون ثمنه في مكانه المعد له وكذا يدخلون الحمام مع العلم
برضاء صاحبه وغيبته ثم يضعون اجرته في مكانه المعدة له وكذا في شرب الماء
واخذ البقل وغيرها الى غير ذلك مما جرى سلوكهم على هذا المنوال ومن البين ان ليس في هذا
القسم من المعاطات انشاء لا فعلا ولا قولا من البايع اصلا لفقده لا ظهر للعوض

ويتوهم

ويتوهم تحقق الانشاء الفعلي منه حين جعله عرضة للبيع مدفوع بان الانشاء لابد له
من منشئ له المعنى والا فلا معنى لانشاء الملكية للغير مع عدم تعيين الغير بل
جعلها هكذا ليس الا الرضا بالبيع ولا يدل الا عليه ومن البين ان شراء المشتري له
ليس الا الجري على الرضا بل لا يبعد ادعاء كون اغلب افراد المعاطات بل
جميعها من هذا القبيل اي مما لا انشاء فيها لا فعلا ولا قولا ضرورة ان الظاهر من
المتعاطيين بعد العلم برضاء صاحبه بما يفعله يعطيها في يده من غير قصد
انشاء التمليك بفعله هذا بل ليس الفعل الا الجري على الرضا وان ابيت الا
عن ذلك فاخبر من نفسك بانك هل ترى فرقا بين القبض والاقباض الذي بعد
العقد وحصلا بعده فكما ان المتعقب للعقد لا يكون انشاء بل التكليف بالتمليك
ضرورة حصوله بنفس العقد كذلك فيما نحن فيه فليس في الفعل انشاء تمليك ولعل
الى هذا ينظر من قال في وجه عدم كفاية المعاطات في البيع كالعلامة لانها بأن
قاصرة عن افادة المقاصد اذا عرفت ما ذكرناه من عدم اشتمالها على انشاء التمليك
لا فعلا ولا قولا ولو باعتبار بعض افرادها نعلم عدم شمول ما ذكرنا من تعريفا
للبيع لها فيخرج عن البيع بمقتضى هذا التعريف فلا يكون الا اباحة صرفة ويكون
الحكم بعدم كونها بيعا مشكل لعدم صحة سلب البيع عنه في نظر العرف بل يتبادر
منه فهو فيرجع الاشكال الى التعريف لعدم جامعيته للافراد لعدم شموله
للمعاطات مع انا قد اثبتنا كونها بيعا فتلخص من هذا عدم اعتبار الانشاء في
مفهوم البيع بل ليس البيع عندهم الا التراضي بالتمليك والجري على رضاهم والبناء
عليه وترتيب الآثار بالملك وليس مطلق التراضي بيعا بل التراضي الذي يكون كاشفه

الفعل وهذا نظير الفسخ الفعلي الذي قيل انه عبارة عن عدم الرضا بمقتضى العقد المكشوف
بالفعل لا مطلق عدم الرضا ولذا لو فرض علم من عليه الفسخ بعدم رضا من له الفسخ
بلزوم العقد والرضا بالفسخ مع انا لا نقول به وليس نفس الفعل ايضا فسخا والا لزم
الحكم بتحريم وطي الجارية لو بيعت وكان له الفسخ لو وطئها الا ان المفروض ان الفسخ
يتحقق بالفعل فيحرم الوطي لا محالة بكونه ملكا للمشتري وبعد تحققه يتحقق الفسخ فهو نظير
لفظ فسخت او بعت في السببية فكما ان سببية اللفظ موقوفة على الفراغ
عنه كذلك سببية الفعل لو قلنا بانه السبب وذلك ظاهر لتأخر المسبب عن
السبب في الوجود والا لزم باطل ضرورة فيكون الفسخ هو عدم الرضا بالبيع
عبارة — المستكشف بالفعل فتحصل ان البيع عند العرف عن التراضي على النقل [illegible]
المتعقب بالفعل الكاشف عنه وذلك لكون المعاطاة عندهم بيعا لانهم
الاوقات — لا يفصلون بالفعل في اغلب الاوقات الا القليل لما عرفت من عدم الفرق
بين القبض والاقباض الحاصل عقيب العقد وما يحصل منهما بدون العقد
وكيف كان فنتكلم الان في بعض اقسام المعاطاة اعني ما تحقق بفعل وقصد فيها التمليك
الفعل بالتقابض ونحوه في انه هل يثبت بها الملكية ام لا فنقول ان ما يمكن الاستدلال
الاول — به لحصول الملكية امور قوله تعالى احل الله البيع ودلالته على المقصود انما
تتم بعد ثبوت كونه في مقام بيان الحكم نفسه لا في مقام بيان امر آخر ومجرده
انه لو كان كذلك لما جاز التمسك به بعد ما ذكرناه في الاصول من ان التمسك
بالاطلاق انما يصح في مقام لو لم يفصل المتكلم لافاد العموم
للزم القبح عليه وذلك انما يلزم لو كان في مقام بيان الحكم وشرائطه واحواله

الحكم الوضعي اعني الصحة لا مطلق الحكم التكليفي اعني الحلية وبعد اثبات كون الاطلاق في مقام بيان

في مقام

في مقام تشريع الحكم ومقام بيان بعض الاغراض التي لا ينافيها الاهمال كقول الطبيب
للمريض لا بد لك من ان تشرب الدواء فلا يجوز التمسك بالاطلاق فنقول اما
كون المراد من حلية البيع مجرد جواز ترتب الاثار المترتبة عليه وحصول
الملكية به فغير بعيد بل هو الظاهر من قول القائل المعاملة الكذائية حلال
وذلك لانطلاق فهم المعاملة كثيرا اما على المعاملة التي يترتب عليها الاثر وكذا البيع
الصادق عليها وانما فهم بها الحلية باعتبار ترتب الاثار من غير ملاحظة
نفس المعاملة من حيث هي مع قطع النظر عن الاثار فيكون على هذا معنى قوله
تعالى احل الله البيع الذي يتوصل اهل العرف الى ترتب الاثار ومعنى حليته حلية
ترتب الاثار عليه لان الظاهر هنا اسناد الحلية الى الافعال حلية ما يترتب
عليها من الاثار والا فالحكم بحلية نفس الافعال من حيث هي مع عدم ملاحظة
الاثار او حرمتها فمستبعد غاية البعد وح يكون معناه حلية ترتب الاثار عليه
وذلك معنى الصحة لانتزاعها عن الحكم التكليفي على التحقيق واما كون الاية في
مقام بيان احكام نفس البيع وشرائطه ففيه تأمل بعد ملاحظة سوق الاية
الربوا — وكونها في مقام دفع توهم كون البيع مثل الربوا حيث زعموا ان البيع مثل الربوا فلم يحكم
بحلية البيع وحرمة الربوا فقال الله تعالى ردا عليهم احل الله البيع وحرم الربوا
ومعلوم ان ذلك القدر صادق بحلية بعض اقسام البيع ولو خرج بعض اقسامه
الاخر والغرض المأتي له الكلام يحصل مع اهمال القضية ايضا فلو كانت مهملة
في الواقع لخروج بعض الاقسام باعتبار بعض الشرائط فيه لا يلزم على المتكلم
الحكيم تعالى قبح اصلا لعدم كونه في معرض بيان احكام البيع وشرائطه فكانه لو

كان للبيع احكام وشرائط في الواقع وقال الله تعالى احل الله البيع بالشرائط المقررة
لا يلزم القبيح عليه حيث لا يكون في مقام بيان الشرائط كذلك لو قال الله احل الله
البيع على نحو الاطلاق فان التمسك بالاطلاق وحمله على العموم غير منجز مع عدم
احراز كونه في مقام البيان فلو شك في اعتبار شرط في البيع لا يجوز التمسك
بالاطلاق ما لم يحرز كونه في مقام في بيان الشرائط حتى يكون اطلاقه قرينة ظاهرا
على العموم اللهم الا ان يستفاد من تمسك الفقهاء رضوان الله عليهم خلفا عن سلف في ابواب
البيوع عند الشك في الشرائط كون الاطلاق في مقام بيانه حكم نفس الدليل التمسك
به عندهم من المسلمات كما لا يخفى على المتتبع ثم الثاني قوله سبحانه وتعالى ولا تاكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض تقريب الاستدلال ان الاية
تدل على جواز اكل المال لو كان مستندا بحصول تجارة عن تراض ولا ريب
ان جواز الاكل كناية عن جواز مطلق التصرف فيه حتى ما كان موجبا للتلف ولا
ريب ان المعاطاة بعد الحكم بكونها بيعا وتجارة عن تراض في نظر العرف
ولا يعد من الاكل بالباطل لديهم فشمول الاية لها فالاية تدل على سببية التجارة
للحلية التي من جملتها المعاطاة وتوضيح ذلك ان الظاهر كون الاستثناء في
الاية منقطعا لانه لو لم يكن كذلك يلزم ان يكون هذه التجارة ايضا من الاكل بالباطل
الا انه حكم الشارع بحلية هذا الاكل مع انها عرفا لا يعد اكلا بالباطل ولذا
لا يدل على اعتبار سببية حل الاكل بالتجارة ضرورة جواز الاكل بالاذن
والاباحة وغير ذلك مما ليس تجارة قطعا اذ لو كان الاستثناء متصلا
لدل على ذلك ولكنه لو كان منقطعا يكون مجملا لا يصح الاستدلال عن الكلام

السابق

السابق فيكون حاصل المعنى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل ولكن يجوز الاكل
اذا كان تحصيل المال من التجارة عن تراض وبعبارة اخرى انه تعالى حرم اكل المال با
بالباطل وبين ان التجارة عن تراض ليس من هذا القبيل فلا يفيد هذا الكلام
ان لا شيء من الاموال جائز الاكل غير التجارة عن تراض بل حرمة اكل المال
بالباطل وجواز الاكل بالتجارة من غير تعرض لغيرها اذ لم يكن الاكل بالباطل
بمعنى انه يفهم الاختصاص منها ولكن يمكن الخدشة في دلالة الاية على
المراد حيث انه يدل على جواز مطلق التصرفات مبنيا على كون الاكل كناية عنه
كما هو الظاهر ولا يدل على حصول الملكية فلا يثبت المطلوب من حصول
الملكية بالمعاطاة ويمكن ان يجاب بانها تدل على جواز مطلق التصرف ومن التي
منها ما لا يحصل الا في ملك كالعتق ونحوه حيث ورد انه لا عتق الا في ملك
وجواز هذه التصرفات ملازم للملكية فيثبت بها المطلوب الثالث
قوله عليه السلام الناس مسلطون على اموالهم تقريب الاستدلال ان ما يحصل
بالمعاطاة تصبح الملك واستقراره عنه من غير رضاه منافيا لسلطنته
منفي بالحديث وفي هذا الاستدلال نظر اذ السلطنة انما تتحقق بعد حصول
الملكية والكلام في ان الملكية هل تحصل بها ام لا فمعنى تقادم السلطنة ام لا
وليس هذا في مقام بيان الاسباب الموجبة للتمليك انما تتم فيها لو شك في ثبوت
سلطنة خاصة للمالك بعد احراز الملكية لا فيما لو شك في اصل الملكية كما هو
الرابع استقرار سيرة المسلمين على معاملة الماخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في ترتب
ثمرة به بالعتق والتوريث والبيع والوطي والايصاء وغير ذلك من اثار الملك للملكية هذه

السيرة القطعية كاشفة عن امضاء الشارع وعدم ردعه لهم وجهه قطعا وهذه
السيرة بحيث لا يمكن لاحد انكارها ولذا ما رد القائلين بالاباحة بل الملك
السببي واضطرهم على قولهم وان يسلكون اباحته ايضا قوله قده في ملزومات
المعاطاة على كل من القول بالملك والقول بالاباحة اقول التعبير بالملزمات
عن المعدودة انما يصح على القول الاول اعني القول بافادتها الملكية لانه
قد ثبت بالدليل ان الملكية الحاصلة بها جائزة بحيث يجوز لكل من المتعاطيين
الرجوع الى ما كان ملكا له قبل ورده ملكا للاخر بالمعاطاة ولكنه بتحقق احدى
المعدودات تصير الملكية لازمة في صيرورة ما كانت لا جائزة لازمة فكان اطلاق
الملزم عليه في محله وهذا بخلاف القول بافادتها الاباحة لانه ليس المقصود
انها تصير الاباحة التي كانت جائزة لازمة ضرورة استلزام الاباحة جائزة
كانت او لازمة بقاء العين في ملك المالك حتى يعقل اباحة التصرف وبعد
تلف احدهما لزوم الاباحة غير معقول لانه فرع تحقق الموضوع فاطلاق الملزمات
عليها في هذه الصورة مسامحة في التعبير قوله قده لما عرفت من الوجوه الثمانية
المتقدمة يعني بها الاستصحاب وقوله عليه السلام الناس مسلطون وكذا المؤمنون
عند شروطهم واوفوا بالعقود وغير ذلك مما ذكره قده تمسكا لاصالة اللزوم
في الملك قوله قده واما على القول بالاباحة فالاصل عدم اللزوم لقاعدة تسلط
الناس على اموالهم اقول اثبات الاصل المذكور بالقاعدة المذكورة انما يتجه
لو قلنا بان الاباحة انما جاءت من قبل المالك لانها مستندة ح الى السلطنة
بحيث شاء امضاها ومتى اراد يرجع عنها فالامر موكول اليه فاذا شككنا

از اينجا قدري سفيد بود نسخه اصل بعد جواز

بمعنى انه لا يجوز لاحد منهما ابطال المعاطات

استرد

في جواز

في جواز الاسترداد بمقتضى القاعدة المذكورة فيحكم به هذا اذا كانت الاباحة مالكية واما
لو كانت شرعية كما هو الاقوى على القول بها فالتمسك بها مشكل لانقطاع سلطنة المالك بها
لانها جاءت من جانب الشارع من دون اذن المالك لان ما قصده المالك اعني التمليك لم
يقع وما وقع اعني اباحة التصرف من غير انتقال العين لم يقصده المالك وانما ثبت بحكم الشارع
وهذا اعني جواز التصرف في ملكه بدون اذنه مناف لسلطنته فبذلك انقطع سلطنته فلو شك
في ثبوتها بعد ذلك يتمسك باستصحاب المخصص الذي هو جواز التصرف في ملكه من غير
اذنه لا انه يدعى دلالة الادلة الدالة على ثبوت السلطنة للمالك على العموم الازماني فلو
خرج فرد من الحكم في قطعة من الزمان عن تحت العام لدليل بقي العام بالنسبة الى ما بقيه على عمومه في
لانه ح بمنزلة احكام عديدة تشمل كل جزء جزء كما ثبت في محله فالاصل فيها على القول
بمقتضى القاعدة الجواز ولكن الدعوى مدفوعة بان المستفاد منها كونها حكما واحدا بسيطا
مستمرا ما دام للمالك باقيا لا انها احكام متعددة بالنسبة الى اجزاء الزمان اذ الظاهر
من قوله عم الناس مسلطون وكذا غيره ان السلطنة مستمرة للمالك ما دام الشيء في ملكه
ولا يدل على ان له في كل جزء من اجزاء الزمان سلطنة مستقلة كما لا يخفى وح لو شك في بقاء
الحكم المخصص يرجع الى ما يقتضيه الاصل فبناء على بقاء حكمه لا الى عموم العام واثبات
حكم العام له بعد ذلك الزمان يحتاج الى دليل اخر كما حقق في محله ولا يخفى ان استصحاب
المخصص لا يثبت به الا اباحة التصرف في الزمان المشكوك واما خروجه عن ملك المالك
وصيرورة البدل ملكا له فلا بل مقتضى الاصل بقاء الملكية في ذلك الزمان ويتفرع على
ذلك انا لو سلمنا اجراء الاستصحاب في المخصص ايضا وقلنا ان موضوعه ما دام لم يثبت المنع من
المالك لابد ان يرجع ح الى قاعدة اخرى كحكم العقل بجواز تصرف المالك في ملكه لا من جهة

العموم لما عرفت من عدم جواز التمسك بالعام في مثل المقام هذا ولكن الانصاف في هذه الصورة
ولو قلنا بكون الاباحة شرعية ايضا الجواز لان سلطنته غير منقطعة بالكلية بل يجوز الشارع
التصرف مقيد بعدم الاسترداد وبعد ابطال التعاطي فله ان يسترده وان يبطل هذه
السلطنة ثابتة للمالك والحق ان التعاطي نعم لم يعلم مراد ام لا ضيا بالتعاطي المنع عن التصرف
لا اباحة شرعا ولكن الابطال غير شك في اللزوم بحكم بجواز الابطال بالاستصحاب ولا يعارض
باصالة جواز التصرف لورود عليه لان موضوعه مقيد بعدم الابطال واعلم انا قد ذكرنا
ان الاقوى على فرض القول بالاباحة شرعية لا مالكية لعدم اذن المالك واعتنائه ابا ولكنه
قد يظهر من بعض المحققين ان الاباحة مالكية حيث ذكر هنا في وجهها ان التمليك الذي
قصده المتعاطيان لا انه الاذن في التصرف لانه لا ينفك عن الاذن وبعد حكم الشارع
بعدم حصول التمليك لا مانع من جواز التصرف الذي فهم ضمنا بالالتزام بجواز التصرف
مستند الى اذن المالك لا الى جعل الشارع في هذا المقام بخصوصه وفيه اولا النقض بالبيوع
الفاسدة حيث انهم قائلون بعدم جواز التصرف في المبيع بعد كشف حالها فلو كان الاذن
المستفاد من التمليك موجبا لجواز التصرف واباحته لكان التصرف فيها ايضا جائز لعدم
الفرق بينهما وثانيا بالحل وهو ان الاذن للمالك بعد التمليك غير معقول اذ الفعل الصادر
من المالك انما هو صيرورة الشيء ملكا له واما جواز تصرفه فمن اثار الملكية لا اثر ان المنع
عن التصرف بعد جعله ملكا له فالاذن بعد التمليك بمنزلة قوله تصرف في ملكك وهذا
لا يفيد شيئا ان قلت هذا الذي ذكرت انه مستفاد من التمليك يكفي في ثبوت الاذن قلنا بعد
النقض بالبيوع الفاسدة ان الاذن في التصرف بزعم كونه ملكا للغير لا يكفي في جواز التصرف
لو كان في الواقع ملكا للاذن التصرف قوله قده لو سلم جريانها لعلها لا سلم المكان منعه اقول

اجراء

اجراء اصالة بقاء الاباحة لا رجاعه الى الشك في المقتضي بان يقال ان الشك مستند الى كيفية
اقتضاء المقتضي حيث لا نعلم ان سببية المعاطاة لاباحة التصرف مطلق حتى يشمل الصورة المحكوكة
او انها ما دامية بمنع المالك ولو قلنا بانه من هذا القبيل اعني الشك في المقتضي لم يجر الاستصحاب
مبني على المختار فيه الا ان ارجاعه اليه لا يخلو عن تامل لان المنع على فرض تاثيره مانع عن اقتضاء
المعاطاة ولا فرق في كل مورد الشك في طرو المانع يمكن ارجاعه الى الشك في المقتضي بهذا التقريب
فافهم قوله ان تلف العوضين بمعنى ملزوم اي ملزم للمعاملة المعاطاتية التي كانت حالها مقيدة وكلا بنافي
كون متعلق الشك في الجواز موضوع الترادّ لو كان متعلقه التراد لم ايضا السيري
الجواز في اصل المعاملة ولا في اطلاق الملزم منافية في التعبير كما لا يخفى قوله قده لان المقدمين
مال مالكه ولم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه وتوهم جريان قاعدة الضمان
باليد هنا مندفع بما سيجيء وارادة مما سيجيء ما ذكره فيما بعد فيما لو تلفا احد العينين
من ان التمسك بعموم على اليد هنا في غير محله بعد القطع بان هذه اليد قبل التلف لم يكن يد
ضمان بل ولا بعده اذا بنى مالك العين الموجودة على امضاء المعاطاة ولم يرد الرجوع اقول
ان هنا اصلين على القول بالاباحة احدهما جواز تصرف كل من المتعاطيين فيما بيده من مال
الاخر باي نحو شاء من التصرف الذي من جملته الاكل والشرب والانفاق والاعطاء والبيع وغير
ذلك كما التزم القائلين بالاباحة وثانيهما قاعدة من اتلف مال الغير فهو له ضامن وهذه
القاعدة تشمل ما لعرضه لعموم المصلحة ان المتلف مال الغير لو اكل المال او شربه او باعه او غير
ذلك ولا منافاة بين تلك القاعدتين حتى يخصص احدهما بالاخر او يكون احدهما حاكما على الاخر
او يرجع الى الاصل ثالث اذ من الجائز ان يجوز له التصرف بشرط الخروج عن عهدته اذ مقتضى قاعدة
من اتلف انه يجب الخروج عن عهدة ما اتلفه باي نحو حصل فمقتضى الجمع الاصلين تحقق الضمان بالاتلاف

بين

دوجوب الخروج عن العهدة ولكن التصرف سائغ شرعا من غير حرمة وقد عرفت ان معنى الضمان هو الخروج
عن عهدة ما اتلف وذلك زائد فقد يكون بغير ذلك كالو تراضيا باعطاء شيء اخر عوضا عنه
سواء كان مساويا بعده في القيمة او ازيد او انقص وبالجملة الواجب على المتلف هو الخروج
عن العهدة ولا شبهة انه يجب على هذا الشخص الخروج عن العهدة وخروجه عن العهدة
بالاجماع منحصر برفع اليد عما اباحه للآخر بحيث لو لم ينعقد الاجماع على الانحصار لكان اللازم
على القائلين بالاباحة الالتزام بوجوب الخروج عن العهدة ببذل المثل او القيمة لكونهما
اقرب الى التالف ولكنه بعد قيام الاجماع علم ان في يد كل من المتعاطيين من مال الاخر بدله جعلي
عن ماله على فرض تلفه بيد الاخر فيبنى على ما ذكرنا اعني من تعميم الخروج عن العهدة بحيث البدل
الجعلي انه لا ادنى في تفصيل القاعدة بدعم علم الثاني بين بدلوليهما والى هذا اشار المصنف
قده على نحو الاحتمال وسيجيء عن قريب تفصيل ذلك عند الكلام فيما لو تلف احدى العينين انتهى
يعم
قوله قدس سره ومنه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين او بعضها على القول بالملك اقول ان
الاصل في الملكية اللزوم والمعلوم خروجه عن مقتضى الاصل هو صورة امكان التراد
واما غيرها فمشكوك المحكوم بحكم الاصل بالاصل باللزوم وتوهم جريان استصحاب الجواز في صورة
الشك مدفوع بعدم احراز موضوع المستصحب لاحتمال اختصاصه بالصورة المذكورة
كما لا يخفى واما في صورتها الاباحة فمسئلة هل يجوز تقديم القبول على الايجاب ام لا فيه تفصيل
سنتضح انشاء الله ولا يخفى ان هذه مبنية على مذهب المشهور من عدم كفاية مطلق اللفظ
في اللزوم واما على ما قويناه سابقا من كفاية المعاملة العرفية في الملكية وان الاصل فيها
اللزوم خرج منها ما خرج مثل المعاطاة حيث اطبقوا على عدم اللزوم فيها فالامر بين
حيث نقول بالصحة واللزوم لو لم يقم دليل على الخلاف وتنقيح المقام يتوقف على

من جريان الاصل ومعارضته وغير ذلك من الاحتمال لوح

رسم

رسم فقد تبين الاولى ان الافتعال وكذا الانفعال لا يدلان الا على حصول الاثر لا قبوله
كما هو التحقيق بمعنى ان مفهوم القبول ليس جزءا لما هو الموضوع له لهذا اللفظ نعم قد يفهم منه
معنى القبول لو تعقب الفعل الاول كما لو قيل ابتداء انكسر الكوز لا يفهم منه الا وقوع الكسر
وحصوله فيه بخلاف ما لو قيل كسرته فانكسر حيث يفهم منه قبوله والسر في ذلك ان حصول
الفعل فرع قابليته له وذكره بعد ايراد الفعل ليس الا لبيان قابلية المحل وذكر
الفعل في هذا المقام لافادة ايجاد الفاعل الاسباب المستلزمة للاثر في حصول الاثر الا انه
او جده ولا فذكر الانفعال لغو مستدرك فحاصل معنى الكلام اني اوجدت سبب الكسر
وحصل الكسر فيه يعني كان قابلا له ولذا يصح ان يقال كسرته فلم ينكسر يعني ما حصل الكسر فيه
ولم يقبله ولا تتوهم انه يلزمنا على هذا القول باشتراكه بين المعنيين اولا انه على انه
في هذا المورد استعمل في معنى مغاير للمعنى الاول بل نقول ان ذلك المعنى اعني حصول
الاثر يعني بحيث لو استعمل في هذا المورد لاستفيد منه القبول بالالتزام فافهم
الثانية انه كما ان للمعاملات وجودات عينية كذلك لها وجودات لفظية يعني كما ان
للمهيات توجها حقيقيا خارجيا كذلك تحققا لفظيا ومعلوم ان من اعتبر اللفظ في المعاملات
يريد ان تكون مهية ملفوظة بحيث يوجد في ضمنه كسوة اللفظ ويحكم بوجودها
العيني لكانت بعينها هي المعاملة الخارجية فالمناط كل المناط مع اعتبار اللفظ في الصحة
في صحتها ملاحظة الوجود الخارجي العيني للمعاملة الملفوظة بها وايجاد مهيتها
في ضمن اللفظ فلا يكفي الالفاظ الغير المنطبقة عليها انحاء بل لا بد ان يكون الالفاظ
بمهيتها عين مهية المعاملات اذا عرفت هذا فنقول ان المعاملات على قسمين فقسم
منها ان يكون مشتملة على النقل والانتقال في كل من الطرفين وقسم منها ما لا يكون

الا من طرف واحد كالهبة والقرض اما القسم الاول كالبيع فان كلا من الطرفين اعني
البايع والمشتري ناقل ومنتقل اما البايع فينقل المتاع ويأخذ الثمن والمشتري
بالعكس ولكن الظاهر من فعل البايع انه يملك بالعوض والمشتري يتملك كذلك
وذلك النقل والانتقال الواقع بينهما على قسمين تارة يبتدأ البايع بتمليك المبيع
ونقلها الى المشتري واخرى يبتدأ المشتري بنقل الثمن وتملك المبيع والحاصل انه
كما يتحقق المعاملة الخارجية حتى بتبديل البايع المبيع واخذ المشتري كذا يتحقق بنقل المشتري
الثمن بعنوان العوضية ابتداء واخذ البايع بهذا العنوان فقوام البيع الخارجي في
القسم الاول انما يكون بالتمليك من جانب البايع والاخذ من طرف المشتري وقبول وهو
فعلي وهو كاشف عن قصد التملك والرضا بنقل العوض وتقومه في القسم الثاني
بالتملك الفعلي الذي هو الاعطاء فعلي الذي يكشف عنه نقل الثمن بعنوان العوضية
والتمليك الفعلي الذي يتحقق باخذ الثمن بهذا العنوان ولا يذهب عليك ان
الملحوظ اولا وبالذات من فعل المتبايعين انما يكون تمليك البايع وتملك
المشتري واما تمليك المشتري الثمن وتملك البايع اياه بعنوان العوضية
انما هو ملحوظ ثانيا وبالعرض ولهذا لا يعبرون عن البايع بالقابل وعن
المشتري بالموجب وكفاية اخذه في القسم الثاني في تحقق لكشفه عن التمليك
لا لانه متقوم بالقبول الفعلي واذا عرفت ما تلونا لك ان اخذ المشتري المبيع
الذي هو قبول فعلي مستلزم لقصد التملك ونقل العوض انه مما يتقوم به
البيع ومعلوم انه لا يعقل تقدم هذه الحصة اعني نقل البايع علمت انه ظاهر
نعبر عنها اعني القبول اللفظي وقد يعبر عنه بالرضا لا يجوز تقدمه على النقل اللفظي

اعني

اعني الايجاب لما بينا في المقدمة من ان اللفظ لا بد ان يكون بحيث لو تحقق في الخارج
لكان هو الموجود الخارجي وقد عرفت انه لا يجوز تحققه في الخارج بوصف التقدم
وما يتوهم من جواز انشاء القبول والرضا قبل الايجاب في اللفظ كان يقول
المشتري قبلت تملك هذا الشيء بالعوض ثم قال البايع ملكتك لتحقق الايجاب
في اللفظ كان يقول المشتري قبلت تملك هذا الشيء بالعوض ثم قال البايع
ملكتك لتحقق الايجاب والقبول مدفوع بان هذا ليس انشاء الذي هو ركن
العقد بل الركن هو القبول المتأخر بنظر الاخذ وانما يكون هذا تعبيرا
عن القبول المتأخر والرضا به وهذا التعبير غير مندرج في القسم الثاني
اذ القسم الثاني عبارة عن انشاء التملك وهذا اللفظ انشاء الرضا بالتملك
وبينهما فرق بين والتعبير عن القسم الثاني اعني التمليك الفعلي انما يكون بلفظ اشتريت
وابتعت ونظائرها مما يدل على مجرد التملك دون القبول وقد بينا في المقدمة
ان هذه الالفاظ غير متضمنة لمعنى القبول ولو قلنا بدلالتها عليه لكان حالها
كحال سابقه في عدم جواز التقديم وقد بينا في تلك المقدمة ان هذه الالفاظ
لو تأخرت لدلت على المطاوعة ايضا فيجوز التعبير بها في القسم الاول ايضا بلا عنى لفظ
بالقبول ونظائره ولو نقل بدلالتها في هذه الصورة على المطاوعة لا يجوز انه
ايضا يجوز التعبير بها متأخرا لما عرفت من ان قوام العقد بالتمليك والتملك
وانما صار الاخذ متقوما له لا لمتعلقه وبما ذكرنا تبين انه لا يكفي في القبول
كان يقول المشتري بعني هذا الشيء فقال البايع بعتكه بل لا بد من لفظ متأخر فانهم
هذا تمام الكلام في القسم الاول اعني ما كان النقل من الطرفين واما القسم الثاني

ونحوها لا يكون النقل فيه الا من طرف واحد فقد تبين حاله من عدم جواز تقديم القبول
فيها بأي لفظ كان كالهبة الغير المعوضة والقرض والرهن اذ لا يتحقق فيها في الخارج
الا ببذل المالك العين واخذ الموهوب له المتهب او المقترض او المرتهن اياها وقد عرفت
انه لا يمكن التعبير عن الاخذ بلفظ المتأخر والمفروض لا نقل من طرف القابل
ولو بعنوان العوضية حتى يتلبس به في الوجود الخارجي واما الالتزام بالمقتضى ونشأه
كما في قول المرتهن قبلت رهن العين قبل قول الراهن فقد عرفت انه ليس القبول
الذي هو ركن العقد بل هو بمنزلة الاخبار عن الرضا المتأخر الذي هو ركن العقد
فلا يجوز تقديمه واما لو قال ارتهنت فهو وان لم يكن قبولا بل انشاء حصول
ذلك المعنى والالتزام به الا انه ليس بمعنى الاعتبار فعل خارج بعد انشائها ويكون
ركنا للعقد حتى يصدق عليها انه افضله فتبصر ثم لا يخفى عليك انه لا يلزم على
ما ذكرنا من لزوم اتحاد اركان العقد مع الاركان الخارجية من جهة التعبير بعلاقة
اللفظ في الصحة نقول بكفاية دلالة بعض الالفاظ المتصفة بالصفة المذكورة
نعم لو ثبت دليل على كفاية بعض الالفاظ في القبول مع عدم كونها متصفة بالصفة
المذكورة كورود نص وقيام اجماع على كفاية الاستدعاء في القبول في بعض العقود
مثلا لا يكشف ذلك عن عدم توقف ذلك العقد على القبول اللفظي بل يكفي فيه القبول
الفعلي في الصحة ويمكن ان يقال انه لا دليل على كفاية مطلق القبول بل لا دليل على كفايته
لو تعقب اللفظ لكون صحة المعاملة اعني ما يدل على الرضا بالعقد وان لم يكن من الاركان
الا انه من شروط الصحة يعني انه يمكن ان يشترط القبول الفعلي في التأثير ان يكون معبرا عنه باللفظ
بل لا على الرضا به لا اللفظ نفس القبول لانه قد عرفت عدم امكان تقدمه فافهم وتامل فان المقام لا يخلو عن دقة

دون جملة

هو كاف في الصحة بل اللازم
الالتزام بعدم كفاية ما ليس كك
فيها فلا ينافي ما ذكرنا قيام
دليل خاص على عدم كفايته

دون جملة شروط البيع الجزم والتنجيز اما الجزم بان يكون المتبايعان قاطعين لا مترددين في
ايقاع العقد ولا يعلقانه على شيء يوجب الجهل واما التنجيز بان لا يكون متعلقا على
شيء بادوات الشرط بان يقيد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك
الشيء لا في غيرها والظاهر بل ما حكي عن العلامة في التذكرة انه لا خلاف في اشتراط الجزم ثم فرع
عليه عدم جواز التعليق والظاهر ان اعتبار الشرطين بمعنى عدم جواز التعليق في
الجملة اجماعي ولكن هذا الكلام في مبنى مدرك الاجماع اعني وجه الاشتراط وبيان مورده
وكونه كاشفا عن رأي المعصوم وقبل الخوض في الاستدلال لا بد من ملاحظة البيع
العرفي بل مطلق المعاملة العرفية بحيث يتميز الهبة المملكة عندهم عن غيرها حتى
يعرف ان هذين الشرطين هل هما معتبران في تحقق الاسباب المملكة عندهم ام اعتبارهما
يختص بالمعاملة الشرعية او لو اعتبرتهما عندهم لما احتاج الى اثبات اعتبارهما في
المعاملة الشرعية الى دليل مغاير لما يدل على صحة اصل المعاملة لان الادلة الشرعية
من قبيل احل الله البيع ونحوه مما يدل على صحة المعاملة انما هي ناظرة الى المعاملة العرفية
فلو كان معتبرا في تحقق موضوعه لا محالة معتبر في البيع الشرعي الا ان يدل دليل على
عدمه وهذا بخلاف ما لو لم يعتبر في البيع العرفي فان اعتباره في البيع الشرعي
يحتاج الى دليل والحاصل ان منقح المقام يتوقف على معرفة الاسباب المملكة في انظار اهل العرف
من انها هل يتحقق عندهم مع التعليق ام يتوقف تحققها على الجزم والتنجيز وبدونهما
لا يترتب عليهما الملكية لكونها بمنزلة الهزل عندهم او ان هذين الشرطين من شرائط الملكية بل يعتبرونه بتصريح
المالك من الفعل مثل قوله هذا لك ان جاء زيد من السفر مع الوعد بالعطاء وكذا في التصريح برفع النظر
عن الرضا بمجرد عدم حصول الشرط غلبت عندهم فيكون على هذا اثبات اشتراط عدم التعليق في بعض فصل

١٩

قاعدة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده والكلام
فيها تارة في معناها وما اريد منها واخرى في مدركها اما الكلام في المقام الاول فنقول ان المراد
بالعقد اعم من اللازم والجائز بل ما فيه شائبة الايقاع اذ المراد منه مطلق العهود فيشمل الجعالة
والخلع والوكالة وغير ذلك من المعاوضات وهذا ظاهر لمن لاحظ كلمات الاصحاب في موارد
ذكرها والمراد بالضمان ان يكون درك المضمون فيه وخسارته في ماله الاصلي لانها ملكه
بسبب العقد فاذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه فمعناه كل عقد يترتب عليه
الخسارة في ماله الاصلي بصحيحه كذلك يترتب على فاسده كذلك وما لا يترتب بصحيحه خسارة
كذلك لا يترتب بفاسده ايضا خسارة وتوهم ان المراد منه مجرد كون تلفه في ملكه بحيث
يتلف مملوكا له مدفوع اولا بان هذا ليس معنى الضمان اصلا اذ لا يقال ان الانسان ضامن
لامواله مع ان تلفها في ملكه وثانيا ان هذا المعنى لا يتم في طرف العكس اذ يصدق على العين
الموهوبة بعقد فاسد انها تلفت مملوكة له مع انه لا يضمن بفاسده كما سيتضح فيما بعد ان شاء الله
نعم مع انهم استدلوا في امثال المقام على نفي الضمان في فاسده بعدمه في صحيحه بهذه
القاعدة وهذا كاشف عن ارادتهم منه هذا المعنى ثم لا يخفى ان ظاهر العموم المستفاد
من لفظ كل هو العموم الافرادي فمقتضاه ثبوت الضمان بملاحظة كل فرد فرد ولكنه مناف
لظاهر لفظ بصحيحه وبفاسده اذ الظاهر منهما تحقق كلا القسمين في كل فرد
شمول لكلمة كل فعلا وهو بالنسبة الى الفرد الخارجي الشخصي غير متصور لانه
اما متصف بالصحة او بالفساد لكونهما متقابلين لا يجتمعان في موضوع واحد شخصي
فلابد اما من حمله على ارادة الانواع من العقود او الاصناف ولكن ارادة الانواع
بخصوصها مشكل لان بعض الانواع بعض اصنافها مضمون وبعضها غير مضمون كالصلح والهبة

[illegible]

فهو من حيث هو غاية عن الاقتضاء ولها شانية الاتصاف بكلا القسمين بملاحظة الخصوصيات والتشخصات فلابد من الحمل على ارادة الاصناف بل لا على خصوص الاصناف بحيث ينافي ارادة نوع لا يتصف بكلا القسمين بل يحمل على ارادة معنى كلي قابل للتحقق صحيح تارة وفي قسم فاسد بحيث يشمل الا صناف لو كانت لحيثية الصفة والا فالانواع فيحمل على ارادة الكلي الاقرب الى الاشخاص وتعيين الحمل عليه بملاحظة هذه المقدمة الخارجية اعني العلم بعدم اقتضاء بعض الانواع في حد ذاتها شيئا من الضمان وعدمه لا لكونه اقرب المجازات واما نفي الحمل على ارادة كل فرد فرد فبملاحظة مدلول الكلام اعني ظهور لفظ بصحيحه وبفاسده فيما اذا تحقق القسمين فيه بالفعل فارادة العموم بالنسبة الى افراد العقود خلاف ظاهر القضية فلا يتوهم ان المراد منه خصوص الاشخاص وان معناه كل شخص من العقود الذي يضمن به لو فرض صحيحا يضمن به صحيحا حين فساده لما عرفته من ان ظاهرها وجود القسمين فيه بالفعل لا ما يفرض تارة صحيحا واخرى فاسدا مع انه لو كان المراد هذا المعنى لكان اللازم ان يقال كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده بفعله لا تقدير صحته وفساده ثم ان لفظة في تصحيحه وبفاسده اما بمعنى في بان يراد كلما تحقق الضمان في صحيحه تحقق في فاسده واما للمطلق السببية الشامل للناقصة لا العلة التامة فان صحيح العقد قد لا يوجب الضمان الا بعد القبض واما العقد الفاسد فلا يكون علة تامة اصلا بل يفتقر بثبوت الضمان به الى القبض فقبله لا ضمان اصلا فجعل الفاسد سببا للضمان اما لانه المقتضى للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان واما لانه سبب للحكم بالضمان بشرط القبض هذا مجمل القول في معنى القاعدة واما الكلام في مدركها فنقول انما ذكروه مدركا لها امران احدهما اقدام الاخذ على الضمان وهذا ما استفيد من كلام الشيخ في المبسوط حيث علل الضمان في موارد كثيرة من البيع والاجارة الفاسدين

بدعوى

اذ ليس ارادة الانواع ارتكاب تجوز في لفظ الكل غاية الامر انه ... العموم ... الافراد ... ولانه لو اريد منه كل نوع نوع ... مجاز ...

٢

بقوله على ان يكون المال مضمونا بالمسمى فاذا لم يسلم له المسمى رجع الى المثل او القيمة وتبعه في الاستدلال الشهيد في المسالك والثاني قوله عليه واله السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدي ويرد على الدليل الاول امران احدهما انه اخص من المدعى من وجه اذ قد يكون الاقدام موجودا ولا ضمان كما اذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع اذا تلف في يد المشتري وكما اذا قال البائع بعتك بلا ثمن واجرتك بلا اجرة على قول غير الشهيد وهو قوي فلا حكم بعدم الضمان وبالجملة نقضه ولو في صورة المطرد يكشف عن فساد الدليل فلا يثبت به المدعى وتوهم تخصيصه في هذه الموارد لدليل خاص مدفوع بان التخصيص انما هو في الادلة اللفظية وليس في المقام عموم لفظي حتى يخصص واما الدليل اللبي فلا يقبل التخصيص وكذا توهم عدم اضمام الاقدام بالعليية بل هو مع القبض مدفوع بانه اما ان يكون الاخذ تمام العلة في وجوب الضمان فهذا هو التمسك بقاعدة اليد وهي الكلام فيه فيكون الاقدام من قبيل الحجر الموضوع في جنب الانسان ولا ربط له في الدلالة واما ان يكون هو ايضا جزء للعلة وهذا ايضا غير تام للنقض بما لو اقدم على اخذ الوديعة بشرط الضمان حيث انه اقدم على الاخذ بالضمان ثانيهما انه اقدم على ضمان خاص لا الضمان بالمثل والقيمة واذا انتفى الخصوصية انتفى الاقدام رأسا ضرورة انتفاء الجنس عند انتفاء فصله وليس اقدام اخر منه حتى يتقوم به بعد ذهاب الخصوصية والحاصل انهما اقدما وتراضيا على ضمان خاص ولم يمضه الشارع وبعد عدم امضاء الشارع ذلك الاقدام لا يبقى اقدام اخر والا لزم حتى يصدق عليه انهما اقدما عليه لان ما رضيا به لم يقع وتغيره لم يرضيا فقط فاثبات الضمان او القيمة في امثال المقام يحتاج الى دليل اخر اللهم الا ان يوجد في المقام كتوجيههم في نظائر مثل النكاح والطلاق وبعض البيوع وغير ذلك في كثير من الموارد مما حكموا بصحته بعد فساد شرط في ضمنه او فقد

في بيع السلم والصرف قبل القبض بل ومطلق البيع قبل القبض وقد لا يكون الاقدام ويكون الضمان كما اذا شرط ...

يقو

قيد معتبر فيه انه كما تعدد فيه المطلوب نوعا مثلا يقال ان المقصود في البيع اولا بالذات
هو تمليك الغير للمبيع وتملكه للثمن واما خصوصية الثمن فهو امر من جهة تحقق المطلوب
في ضمنه وتقومه به اولا منه مطلوب اخر فبانتفائه لا ينتفي ما هو المطلوب اولا وكذا في
النكاح لو فسد المهر وخصوصيته مطلوب اخر فانتفاء الخصوصية وفساد المهر لا يوجب
ارتفاع اصل النكاح وكذا في غيره من المقامات التي حكموا بالصحة فيها بعد فساد الشرط و
القيد وهذا لا ينافي تخلفه في بعض الموارد التي لا يكون المطلوب فيها الا واحد في خصوص شخص
اذ الاحكام الشرعية على حسب النوع فتامل فيه ولكن هذا التوجيه ايضا لا يخلو عن تامل
هذا كله مع ان دليل الاقدام مطلب يحتاج الى دليل لم يحصل لا شرعا ولا عقلا كما لا يخفى و
الحاصل انه يرد على دليل الاقدام مطلب يحتاج الى الدليل او لا اولا انه لا دليل على ان الاقدام
موجب للضمان لا شرعا ولا عقلا وثانيا انه منقوض طردا وعكسا كما بينا وثالثا انا لو سلمنا سببية
الاقدام للضمان فهو انما يتم بالنسبة الى ما اقدما عليه اعني الضمان بالمسمى والمفروض ان الشارع
لم يمضه واما الاقدام بغيره فلم يتحقق بعد اللهم الا ان يقال انه من قبيل تعدد المطلوب
وفيه ما لا يخفى واما خبر اليد فالتمسك به لاثبات الضمان حسن في الجملة بعد ما عرفت من منع
ظهوره في الحكم التكليفي اذا اسند الظرف الى مال من الاموال عينا كان او دينا ولكنه
لا يثبت به المطلوب اعني اثبات الضمان مطلقا لاختصاص مورده بالاعيان فلا يشمل
المنافع والاعمال لان الظاهر من اليد الاخذ والوارد ان يكون المتعلق قابلا للاخذ
باليد ولا يبعد ان المراد باليد خصوصها بحيث لا يشمل مطلق الاستيلاء او الا
خذ بغير اليد بل المراد انه يعتبر فيه التعبير عند العرف عن الاستيلاء على شيء قابل
للاخذ باليد فعليهذا يكون الخبر مختصا بالمنقولات من الاعيان نعم يمكن دعوى تعميمها

بالنسبة

ثم قال ان المقصود اولا وبالذات هو تحقق النكاح واما ثبوت المهر

بالنسبة الى مطلق الاعيان بادعاء صدقه على الاستيلاء على مال الغير ايضا حيث يصدق
على من تصرف في ملك انه في يده بل هذا الاطلاق شايع في العرف واما الاطلاق بالنسبة الى المنافع
والاعمال بحيث يشملها ظاهر الخبر فممنوع اذ لا يقال على من سكن دارا او اجر شخصا ان سكنى الدار
او خدمته كالاجير في يده ولكنه يصدق على نفس الدار وكالاجير ايضا في يده فتبين مما ذكرنا انه لا
ظهور في شمول الخبر الشريف للمنافع والاعمال فلا بد على الاثبات الضمان فيهما من دليل اخر وبيانه
او في ان اليد وان لم يكن مستعملا في معناه الحقيقي الا انها كناية عن الشخص الاخذ او المستولي
على الشيء بقرينة ما اخذت والتعبير عنه باليد لكونه كالاخذ غالبا بها وكونها الة له وقد بينا
انه لا يصدق على من استوفى سكنى الدار وخدمة الاجير انه اخذ ولا ينفع في المقام عموم
كلمة ما لعدم خصوصية صلتها في الخبر على اليد ما اخذت حتى تؤدي ومعلوم ان
حقيقة الاخذ هو الامساك بالجوارح وهذا بظاهره لا يشمل الا المنقول لانه هو القابل
للاخذ لا غيره واما لفظ الاداء ايضا كلام هو في المنقول ولكن يمكن ادعاء ظهوره في مطلق
الاعيان لشيوع استعمالها فيما لا ينقل ايضا ولو مسامحة حيث يطلقون على كل عين في
تصرف شخص انه بيده وهذا اعني تعميمها الاعيان غاية ما يمكن استظهاره من الرواية
واما تعميمها بحيث يشمل المنافع والاعمال ايضا فما لا وجه له كما لا يخفى وقد يستدل على
اثبات الضمان مطلقا بما دل على احترام مال المسلم وانه لا يحل الا عن طيب نفسه وان حرمة
ماله كحرمة دمه وتقريب الاستدلال انه لا شبهة في ان المنافع والاعمال تعد في
العرف من الاموال ولو لكونها مما يقابل بها المال فكما ان ماله محترم كذا عمله ايضا
محترم لانه بمنزلة المال لكونه مقابلا له فيشملهما ما دل على احترامه والظاهر ان
كل شيء يقابل به المال ويجعل ثمنا للمبيع مال عندهم ومعلوم ان المنافع والاعمال كذلك

لصحة قولك بعتك هذا بخمسة لي حصة دا العبد الاجرة لا احترازا عن بعض الحقوق كحق التحجير
حيث يقابل المال ولكن لا يجعل ثمنا للمبيع ويمكن ان يقال ان بذل المال بازائه لرفع السلطنة و
اسقاط الحق لا بازاء الحق فلا يقابل به المال ايضا فافهم ولكن الاشكال في تصوير معنى الاحترام
وان حرمة مال المحترم هل هي من انه لنا مجرد الحكم التكليفي او يليق به الحكم الوضعي ايضا اعني ثبوت
الضمان فنقول ان هذه التحريم يدل على نفي ما ينافي الاحترام وح نقول ان عدم تسلط الشخص على
استرداد ماله المغصوب او قيمته بعد التلف مناف للاحترام المال كما ان عدم اقتدار ولي الدم
على القصاص او اخذ الدية استخفاف وهتك لحرمته بحيث يقال انه هدر دمه والحاصل
ان نفس جعل الاحترام من حيث هي على هذا تدل على اثبات الضمان ولزوم الخروج عن العهدة
حيث ان عدمه مناف للاحترام وان تشبيه الشارع له بالدم يقتضي عموم المنزلة فهو في قوة ان
يقال ان كل احترام يتعلق ثابت للدم فهو بعينها ثابت للمال ايضا وبهذا التوجيه يثبت المطلوب
ولو لم نقل بان نفي الضمان هتك بل مجرد اثبات للحكم التكليفي احترام او التشبيه على هذا العموم
المنزلة لا لاثبات اصل الاحترام واما ان نقول ان للاحترام مراتب والتشبيه انما هو في
مرتبة الاحترام فالكلام بمنزلة ان هنا الاحترام مثل ذلك الاحترام وكلاهما في مرتبة واحدة
وكل وزان الاخر ومعلوم ان مرتبة احترام الدم ليس صرف الحكم التكليفي بل له مرتبة اخرى
فوق ذلك وهي ثبوت الحكم الوضعي ايضا لولي الدم اعني تسلطه على القصاص فاثبات تلك المرتبة
لمال المتلف معناه تسلطه على المتلف باخذ المثل او القيمة والفرق بين هذا التوجيه
وسابقه ان ثبوت الضمان هنا معتبر في نفس مرتبة الاحترام وفي سابقه من احكام احترام
الدم واثباته هنا لعموم المنزلة وفي الاول معتبر في مرتبة لا في مرتبته منه فبانتفائه ينتفي الاحترام
راسا بالتوجيه الاول وبالتوجيه الاخر تنتفي تلك المرتبة ولا ينافي ذلك ثبوت مطلق الاحترام

في الجملة

في الجملة دون تلك المرتبة وعلى هذا ايضا لو قلنا بان حرمته اثبات للحكم التكليفي ولو مزدوجا
مع احترام وليس نفي الضمان هتكا لما عرفت من ان التشبيه على هذا التوجيه لا لاثبات المرتبة
لا لاثبات اصل الاحترام وعلى كل من تلك التوجيهات الثلثة يثبت بها الضمان وكذا يدل
على المطلوب ما يدل على انه لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه لو لم يكن مختصا ببيان الحكم التكليفي لا لاجل
وتقريب الاستدلال ان الحل قد يستعمل بمعنى الاداء والتجاوز كما يقال احللني لعفوك وقولك لمن
له حق عليك حللني من كذا وكذا واجعلني في حل يعني تجاوز عني وح لو قلنا بان هذا هو معناه
الحقيقي وفي كل مورد استعمل في تلك الموارد مثل لا يحل لك اكل هذا الشيء بمعنى انه لا يجاوز
اكله بحيث يكون امرا مهملا بمعنى ان هذا هو الجامع في تلك الموارد فيدل على اثبات
الضمان بيانه انه لو استعمل في معنى يصح اطلاقه على تلك المشتركات بحيث يصدق على المال
المتلف بعد التلف انه لا يحل لي هذا المال بمعنى انه لا يتجاوز بل يبقى على عهدته ويلزم الخروج
عن عهدته بنحو من الانحاء صح الاستدلال به لنفي الضمان والا فلو استعمل بمعنى لا يجوز
بحيث لا يثبت به الا الحكم التكليفي لا يجوز التمسك به كما لا يخفى والحاصل انه لو استعمل
لا يحل في معنا يصدق بعد التلف لا بد ان يكون المراد منه لزوم الخروج عن العهدة
وتحصيل الرضا بطيب النفس وذلك اعني الرضا قد يحصل حقيقة كما في صورة الاسترضاء
وحصول الرضا والتجاوز عنه وقد يحصل بحكم الشارع كما لو قال لو اتلفت مال الغير
فعليك مثله او قيمته سواء رضي مالكه بطيب نفسه ام لم يرض غاية الامر انه تحقق منك
معصية من جهة التصرف في مال الغير بتجاوز التفصير بالتوبة ان الله يغفر الذنوب جميعا
الا ان يشرك وح يثبت به الضمان لانه لو لم يجعل الشارع بذل البدل في حكم الرضا للزم
ان لا يكون لذلك المعصية علاج ولو بعد التوبة حين لم يتحقق الرضا منه ومن البين خلافه وبيانه

اخرانه لو قال الشارع لاحد لا يحل لك اكل مال زيد بعد التلف اذ المفروض صدق ما لكون
فيه على ما بعد التلف لكان معناه ما يدل على لزوم الخروج عن العهدة فنقول انه هنا امرين في
اتلاف مال الغير امران احدهما التصرف في سلطانه واخراج المال عن ملكه والاخر الظلم
اعني اتلافه وحرمته وما هو قابل للخروج عن العهدة هو الثاني اعني الاتلاف اذ هو قابل للخروج
عن عهدته ببذل البدل او القيمة واما الاول اعني التصرف وان كان الاثم ليس قابلا للتدارك
حتى يبقى على عهدته واما تعيين الضمان بالمثل او القيمة فبالاجماع بانه لو ثبت عليه شيء لكان هو المثل
او القيمة هذا ولكن قد يعوق في النظر مضافا الى دعوى عدم ظهوره في ما عدى الحكم التكليفي
ان صدق المال على المنافع والاعمال مشكل عند العرف حقيقة خصوصا بالنسبة الى الاجير
اعني الاعمال فدلالته على اثبات المدعي اشكل وبالجملة دلالته على المدعي مبنية على ادعاء
ظهوره فيما عدى الحكم التكليفي وصدق المال على المنافع والاعمال وكلاهما ممنوعان
في الانظار ولكن الانصاف ان المال عند العرف كما يصدق على الاعمال والا المنافع الا
المستوفى منها واما غير المستوفي فلم يتحقق بعد حتى يتصف بالمالية واما بذل المال في مقابلها
كما في الاجارة فهو بنحو من الاعتبارات العرفية حيث انها عندهم بمنزلة المال لا انها مال
حقيقة ولذا يقال ان فيها تقدير المال واذا لم يكن اطلاقه على المنافع الغير المستوفاة
على نحو الحقيقة لا يجوز الحمل على فرض تمامية الى قاعده ولكن يمكن ان يدعى ان تشبيه حرمة المال
بحرمة الدم لبيان كونه عظيما في نظر الشارع كما ان الدم كذلك بادعاء كونه اظهر صفات المشبه
به ولذا لو انضم اليه وعرضه او شبه العرض صنفوا لا يكون الا لذلك اوبي المعلوم انه
ليس لهتك العرض ضمان وتوهم ان ذكر العرض موجب لصرفه عن ظاهره اعني اثبات الضمان مدفوع
بعدم ظهور الفرق بين معنى قولنا حرمة ماله كحرمة دمه او حرمة ماله وعرضه كحرمة دمه فهذا اسقط الخبر عن

اثبات ما ازابن تا وقد استدل اثباتا لمد تسمة ... على التوجيهات ... يثبت بها الضمان ... اشتباه كرده

الدلالة

الدلالة عن المدعي ولكن الانصاف ان كونه اظهر الصفات ممنوع بل هو في عرض سائر الاوصاف
فلا بد من تعميم التشبيه بالنسبة الى جميعها فيثبت به الضمان وذلك نظير التمسك لاثبات الدية
بعد الموت لو قطع منه رأسه مثلا بان لحرمة الرجل ميتا كحرمته حيا وذلك لو كان ظاهرا في ان
حرمته عظيمة لما كان للتمسك به وقع واما ما ذكره من انضمام العرض اليه فلا ينافي ذلك بعد عدم قابلية
المحل لثبوت الضمان او عدم قابليته ذلك للتعميم بالنسبة الى الضمان لا يوجب عدم التعميم في حرمة المال
او خروج بعض الاحكام بالنسبة الى بعض لدليل خارج او لعدم قابلية المحل غير موجب لاستعمال
اللفظ في غير ما يثبت به الضمان كالاثم وبالجملة الظاهر ان الخبر لا يخلو عن ظهور في عموم المنزلة
وهذا هو المقدار من الظهور يكفي في اثبات الاحكام الفقهية ولو بنينا على عدم الانفتاح بعد
المعلوم الظهور في الاحكام الفقهية لما بني لانسداد الاحكام دليل فتحقق مما ذكرنا ان الخبر يدل على
اثبات الضمان في اتلاف مال المسلم ولكنك قد عرفت ان على الاعمال والمنافع الغير المستوفاة محل
تامل ايضا وقد يستدل اثباتا للمدرك للقاعدة بادلة نفي الضرر والضرار في الشريعة وهذا
حسن لو قلنا بانه يدل على نفي الضرر في الاحكام الشرعية مطلقا نفيا واثباتا يعني انه ينتفي جعل
الضرر بالنسبة الى الاحكام الجعلية والتقريرية التي وكلها الى طريقة العقلاء اعني عدم التكليف
في مورد عدم البيان فهي تدل على انه ليس في الشريعة المطهرة حكم يترتب عليه الضرر ولا عدم جعل
يكون كذلك ومعلوم ان عدم جعل الحكم بالضمان فيما نحن فيه ولو بالنسبة الى المنافع والاعمال موجب
للضرر فما دل على نفيها يدل على ثبوت الضمان هذا لو قلنا بعمومها نفيا واثباتا واما لو قلنا
بانها تدل على نفي الضرر في مجعولات الشارع دون الاحكام الغير المجعولة الموكولة الى العمل
بالاصول وطريقة العقلاء فلا يثبت بها المطلوب لانها تدل على ان الشارع ما جعل الاحكام
الضررية فلا ينافي ان يكون لهذا الحكم الضرري المضرات مع كونه مطابقا للاصول ولكن لا يخفى

الى انه تعلق ... بالصفحة السابقة ومتصلة بقوله وعلى كل من التوجيهات انشأ يثبت بها الضمان ومن تماميته ... الكاتب المليح

اذ ظهورها

انّ ظاهرها هو الاوّل فكانه فرض الاحكام كلّها لو اثباتا شيئا واحدا واخبر بان فيها البيع كما فرضناها
فانهم هذا تمام الكلام في الكبريات اعني في ان في الشيء الفلاني ضمانا فلنشرع في التكلم في الصغرى
وانه اجري في تلك الكبريات فنقول مستعينا بالله ان قولنا كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده اعني
بعد القبض والاخذ وقبله لا ضمان اصلا في الفاسد بل ولا في الصحيح ايضا ولتعلم اولا ان القبض
المعتبر هنا غير القبض المذكور في باب البيع اذ يكفي فيه مجرد التخلية وتمكين المشتري ورفع اليد
عنه بحكم مصابيح الباب اليه ولكن فيما نحن فيه اعني في اثبات الضمان في المعاملة الفاسدة لا يكفي
الا حقيقة القبض ولا نضايق بعض الاستدلال لاثبات مدركه ولو في الاعيان بقوله على اليد ما اخذت
ومن المعلوم انه لا يصدق على مجرد التخلية الاخذ ولاجل ان المعتبر في اثبات الضمان في العقود الفاسدة
القبض والاخذ عبر بعضهم عن القاعدة بقولهم المقبوض بالعقد الفاسد ثم اعلم ثانيا ان القاعدة
يقتضي اثبات الضمان فيما اثبت الضمان مطلقا سواء كان مورد العقد عينا او منفعة او عملا
وسواء تلف العين او اتلف وكذا المنفعة وسواء كان المنفعة مستوفاة او غير مستوفاة فهذه
اقسام سبعة لا بد لها من مدرك يثبت به الضمان في تمام القاعدة بعمومها ولا بد من ملاحظة
هذه الاقسام مع كل ما يصلح ان يكون مدركا للقاعدة حتى يتبين الحال فنقول اما حديث اليد
فيثبت الضمان في صورة تلف العين واتلافها بعد ما عرفت من انه الحق شموله دلالته بادعاء ظهور
كلمة على في الحكم التكليفي في غير محله لو استند اليها في الاموال واما ما عداهما من الصور الخمسة
الباقية فلا يثبت الحكم بها لما ذكرنا من ان الاخذ والرد واليد ظاهرة في كون متعلقها عينا
واما ما يدل على احترام مال المسلم من انه لا يحل لاحد الا عن طيب نفس على فرض تماميتها وكذا ما يدل
على ان حرمة ماله كحرمة دمه فيدل على ثبوت الضمان في الصورتين المذكورتين وصورة ما لو كان
متعلق العقد منفعة مستوفاة لو اتلف واما فيما عداها من الصور الاربع الباقية فهي اخرى لو كان

المتعلق

المتعلق منفعة غير مستوفاة مطلقا واما ما كان عملا فلا يثبت بها الحكم لما ذكرنا من عدم
صدق المال عليها وكذا في صورة تلف المنفعة المستوفاة كما لو اجر دارا باجارة فاسدة
وغصبها غاصب قهرا بعد القبض واستوفى منفعتها لانه انما يقتضي عدم حل التصرف واتلافه
بلا عوض وانما يتحقق ذلك بالنسبة الى المستاجر فيما لو استوفاها بنفسه فيكون مفاد ما استفاد
من قوله من اتلف مال الغير فهو له ضامن وعلى هذا فالسلك به مع صورة الاتلاف اولى من احتياج
الى جميع ما فيه من المناقشات التي عرفتها والى ما ذكرنا من عدم شمول ما يدل على الاحترام لصورة
التلف بل هو مختص بالاتلاف صرح شيخ مشايخنا قدس سره في مكاسبه في مسئلة ما كان للعين
المبتاعة منفعة غير مستوفاة هل يضمنها المشتري بفساد البيع ام لا حيث رد الاستدلال به
لاثبات الضمان بانها انما يقتضي عدم حل التصرف فيه واتلافه بلا عوض وانما نعرف في الاشياء
هذا والعجب منه طاب رمسه حيث ذكر في هذا المقام ما عرفت مع تمسكه فيما قبل هذه المسئلة لاثبات
المدركية للقاعدة التي نحن بصدد بيانها على عمومها بها وقد عرفت ان القاعدة تشمل ما لو كان
متعلق العقد منفعة غير مستوفاة او عينا تلفت للمتلف بها لاثبات المدركية كليته بناء على
ما ذكره هنا فتدبر واما حديث نفي الضرر فهو يدل على ثبوت الضمان في جميع الصور في عدم
ضرر على المالك والقابض ولكن يشكل هذا ايضا في بعض الموارد وادعاء انه يدل عليه هنا وجوب
التدارك على الضامن وهذا انما يتم فيما لو كان عمل العامل بامر المستاجر وممتثلا به واما لو لم
يكن بامر المستاجر بل متبرعا من زعمه كونه حقا له لاجل الاجارة فلا يثبت به الضمان اذ ليس انتهاك حرمة
عمله مستندا الى الغير حتى يصدق عليه انه اضره بل هو مستند الى نفسه لجهله بالحال تخجيله
الغير وقد اشرنا الى ذلك فيما سبق ومما ذكرنا تبين انه لو دل دليل خاص على ان حرمة عمل المسلم
كحرمة دمه لا يدل على ازيد من ذلك واما قوله نعم ولكن في الحرمات قصاص بناء على شمول الحرمات للاعمال

فلا يثبت به زائدا عما ثبت بادلة نفي الغرر فلا يدل على ثبوت الضمان في الاجارة المذكورة لما عرفت
من ان استحقاق حرمة العمل ليس بامر المستاجر حتى يكون ضامنا بل لاعتقاد استحقاق الغير لاجله
العمل لاستحقاقه الاجرة فانها كانت من قبل نفسه كما لا يخفى فلتحفظ ما ذكرنا انه لا يثبت المدرك
للقاعدة المذكورة على كليتها بهذه الادلة نعم يمكن التمسك لاثبات المدرك في اقسام المنافع مطلقا
مستوفاة وغير مستوفاة بالغير او مستقلة بانضمام ما يظهر من الحلي في السرائر من الاجماع حيث قال ان البيع
الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب في الضمان وكذا في موضع اخر منه نسبه الى اصحابنا وادعاه
العلامة من الاجماع على ما حكي عن التذكرة ان منافع من العبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونة
بالتفويت والفوات تحت اليد العادية فلو غصب عبدا او جارية او عقارا او حيوانا مملوكا
ضمن منافعه سواء تلفها بان استعملها او فاتت تحت يده بان بقيت في يده مدة لا يستعملها
عند علمائنا اجمع ولا يبعد ان يراد باليد العادية مقابل اليد المحقة فيشمل يد كل قبض بالعقد
الفاسد لانها ليست اليد المحقة وكذا حكي عن الحلي في السرائر في اخر باب الاجارة من الاتفاق ايضا
على انه يضمن منافع المغصوب الفائتة فاذا انضم الى ما ادعاه اولا من الاجماع يثبت
به المدرك كلية لاثبات الضمان في اقسام المنافع فليلحق به جميع ما ذكرنا ثبوت المدرك
لجميع الاقسام الا في صورة العمل على نحو الكلية ويكفي في ثبوته بالنسبة الى الاعمال مطلقا
حيث انه بالنسبة الى المنافع الاجماعات المنقولة مؤيدة بتسليمهم للقاعدة المذكورة
واما المدرك للضمان بالنسبة الى الاعمال فاثباته مشكل اذ غاية ما يمكن التمسك به الملازمة بالنسبة
الى ما يسوى الاموال نعم ولكن في الحريات قضاء منا على شمولها للاعمال وقد عرفت ما فيه وما يدل
على نفي الغرر والاضرار وقد عرفت ما فيه ايضا من انه مختص بما اذا استند الاضرار الى المستاجر
كالاكراه بامره واما لو كان منشاه التزامه بايجاد العمل لاجل اعتقاده استحقاق الاجرة وزعم

استحقاق

استحقاق المستاجر للعمل او لارادة التشريع مع علمه بفساد الاجارة فليس الاضرار من فعل
المستاجر حتى يضمنه بل من نفس الاجير فعليه بحكم الشارع بفساد الاجارة وعدم استحقاق
المستاجر للعمل حين الاجير عمله على الحرمة فجعله هباء منثورا ومعلوم ان ما يصلح لجعله مدركا للقاعدة
لا بد ان يكون شيئا يثبت الضمان مطلقا ولو في صورة علم المتعاقدين بفساد المعاملة واوجدها
تشريعا ولاجل ما ذكرنا من عدم دلالته الا في صورة صحة الى البايع لم يتمسك به العلماء في اثبات
عند تلف العين اذ لو تم دلالته لكان مدركا للحكم في الاعيان والمنافع ايضا مع انه لم يتمسكوا
بها فيه فهذا كاشف عن عدم نهوضه له مع ظهور عدم صدقه في بعض الموارد كما لو سلم البايع
سلعته للمشتري بزعمه استحقاقه او بارادة التشريع في بيعه مع علمه بفساده واخذه باعتقاد
انها او بارادة التشريع ولكن لم يمنع البايع من التصرف فيه ولو كان بحيث لو اراد البايع
تسلمها اليه ولكن عدم التسليم لعدم الاسترداد فح لا يصدق عليه انه اخذ به في صورة
التلف وكلا تلاف بل البايع اقدم على نفسه بعدم الاسترداد لجهله او ارادة التشريع نعم
لو استرد وابى المشتري عند عدم الرد لا يبعد القول بشموله له مع انه في كلا الموردين يحكم بالضمان
ويصدق عليها في كليهما انها مقبوضة بالعقد الفاسد ومن هذا يعلم ان المدرك فيها
ليس ما يدل على نفي الغرر فيعلم انه ليس للحكم المذكور بالنسبة الى الاعمال مدرك يصيب نظيره
كاية النفي فالحكم بالضمان فيها مشكل ولكن مخالفة اطلاقات الاعمال وعموم قاعدتهم مشكل
فللتوقف مجال والله اعلم بحقيقة الحال هذا تمام الكلام في اصل القضية واما الكلام
في عكسها اعني ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده اطلاق العكس عليها ليس على طبق ما هو
المصطلح عند اهل الميزان من جعل المحمول موضوعا وبالعكس بل تسامح في التعبير والاغير
بعضهم عنها بمفهوم العقيبة قد عرفت معنى الضمان انه عبارة عن الخسارة في ماله الاصلي

وانتم كلنا القضيتين بمعنى واحد فليعلم اولا ان العقد الذى لا يوجب صحيحها الضمان اما من
قبيل التمليك تمليكا اوهلها او الاستيمانات كالوكالة والرهن والاجارة الى غير ذلك فلابد من بيان المدرك
لكل القسمين ثم التكلم فى الاطراد وعدمه فنقول مستعينا بالله ان مبنى القاعدة على ما يستفاد
من كلام الشيخ فى المبسوط هو الاولوية حاصلها ان الرهن وامثاله لا يضمن بصحيحه فكيف يضمن
بفاسده وهذه العبارة اعنى ما استفيد من عبارة الشيخ لها احتمالان احدهما ان يراد بكلمة كيف
التعجب ثانيهما ان يراد به الاولوية وهى ايضا على قسمين احدهما ان يكون المراد من الاولوية
بالنسبة الى صحيح تلك العقد التى ليس فى فاسدها ضمان ثانيهما ان يلاحظ بالنسبة الى العقود
الفاسدة التى فى صحيحها ضمان بيان ذلك انه يمكن ان يكون مراده قدس سره ان عدم الضمان فى
الصحيح كاشف عن عدم تحقق علته فى تلك المورد لان علته اما الاقدام واما حكم الشارع
بالضمان فى ذلك العقد وبعد علمنا بان صحيحه غير مضمن نعلم بان علة الضمان اعنى الاقدام والحكم
بالضمان فى ذلك المورد منتفية فعلى هذا كيف يتحقق الضمان فى الفاسد الذى هو مثله فى انتفاء
كلا الامرين الذين هما سبب الضمان فيكون التعجب فى الحكم بالضمان مع انتفاء علته ولعل فى الكلام
بيانا للاولوية بل هو لا اولوية على هذا اذ انتفاء الضمان فى كليهما مستند الى انتفاء العلة
وليس لانتفاء فى احدهما اولوية الى الاخر بل كلاهما فى عرض واحد ويمكن ان يكون مراده قده
ان الصحيح الذى يمكن ان يتحقق سبب الضمان بامضاء الشارع وحكمه بسببيته له مع فقد الاقدام لو
لم يكن مضمنا كيف يضمن الفاسد الذى ليس السبب فيه الا الاقدام المفروض انتفائه اذا العقد الغير الناقل
بمنزلة العدم فى نظر الشارع وليس مضمنا من هذه الجهة فنفى الضمان فى الفاسد فى صورة انتفاء الاقدام
اولى منه فى صورة الصحيح لانحصار سببيته الاقدام فيه دون الصحيح لامكان تحقق سبب
اخر فيه لم يقتض الضمان فيه بل على نفيه فى الفاسد بطريق اولى وهذا هو الاولوية بالنسبة الى صحيح

بلحمه

مرفضيه

ذلك العقد

فى تلك العقد مما ذكرنا انه كلما ثبت الضمان فى الفاسد لاجل ثبت فى الصحيح للفضل بسببه
فى الفاسد بالاقدام وهو فى صحيحه ايضا محقق من غير عكس كليا بمعنى يجوز ان يتحقق الضمان
فى الصحيح دون الفاسد لكونه مسببا عن امضاء الشارع حتى نقول عدم الضمان بفاسده
لا يضمن بصحيحه اولى من عدم الضمان فى هذا القسم الفاسد الذى يضمن بصحيحه وهذا
هو الاولوية بالقياس الى فاسد عقد صحيحه مضمن فمعنى العبارة على هذا التوجيه ان
الرهن وامثاله التى لا يضمن بصحيحه لانتفاء كلا السببين فيها اولى بعدم مضمنية فاسده من
عدم مضمنية فاسد عقد يكون صحيحه مضمنا لامضاء الشارع وجعله سببا للضمان وجزاء لكون
النقيصة على هذا القسم انه لو كان صحيحه لكان مضمنا وهى افرطية ايضا فى القسم لا ولتعدد
احتمالات تلك فى هذه العبارة ولكنه حكم اعدلها والمعاضدة لها اوسطها ويرد عليه انه يجوز ان يكون الضمان من اثار
اليد والتصرف فى مال الغير لا من اثار العقد ولا من الاقدام ان لم نقل بان السبب منحصر فيها
فى كون العقد لغوا او موثرا بحيث لا ربط له فى الحكم بالضمان وعدمه اذ من الجائز ان يكون
صحة الرهن والاجارة المستلزمة لتسلط المرتهن والمستاجر على العين شرعا موثرة
فى دفع الضمان بخلاف الفاسد الذى لا يوجب تسلطهما على العين ويكون يدهما عليها يد
العدوان فلا اولوية كما لا يخفى فيتبين ان ما ذكره الشيخ قدس سره لا يصلح للمدركية فلابد
من بيان مدرك صحيح للقاعدة فنقول ان الاصل الاولى فى كل عين هو الضمان بمقتضى
قاعدة اليد فلابد من بيان المخرج عن تحت تلك الكلية فى الموخوذ بالعقود الفاسدة التى
لا يوجب صحيحها الضمان والدليل المخرج ليس الا ما يخرج به المقبوض بصحاح تلك العقود
وهو فى غير التمليكات اعنى الاستيمانات عموم ما يدل على ان من لم يضمنه المالك عند
تلفه العين سواء سلطه على الانتفاع كالعارية او استأمنه لحفظه كالوديعة او دفعه اليه

للاستيمان

لاستيفاء حقه كالاجارة او العمل فيه بلا اجرة او معها كالصياغة والصباغة ونحو ذلك فهو
غير ضامن فالدليل المخصص لقاعدة الضمان فيها عموم ما دل على ان من استامنه المالك على ملكه غير
ضامن بل ليس لك ان تتهمه وهذه الفقرة ظاهرة في انه لا يجوز لاحد ان يتهم من استامنه حتى يدعي التلف
باسناد التفريط اليه واتلاف العين وتكذيبه في دعواه التلف لتضمينه وتغريمه وهو صادق في ادعائه
التلف ومعلوم ان دعوى الاتلاف متضمن دون التلف ليس كذلك والاتلاف داعي الى هذه الدعوى فلو كان
التلف ايضا مضمنا لما احتاج الى الاتهام ثم الظاهر ان النهي ليس لبيان مجرد الحكم التكليفي بل لبيان النهي
عن اسناد ما هو سبب للضمان اعني الاتلاف الى الامين فلو كان التلف ايضا مضمنا لكان النهي عن الاتهام
نهيا عن السبب الخارجي وهو غير نافع فيما سيق له الكلام وهذا الاستدلال انما يتم لو كان المراد من الاتهام
اسناد الاتلاف وتفريط العين اليه واما لو كان المراد نهيه عن تكذيبه بادعاء وجود العين حين
ادعائه للتلف فلا ينفع لانه يدل ح انه لا يجوز تكذيبه ومطالبة العين او بدل الموجود والثاني
المطالبة ايضا ولو نفينا انه فلا بد لتعليه اذ غاية ما يستفاد منه ح انه لا يجوز اجباره في اخذ العين او بدل
الموجود بل يجب تصديقه في دعوى التلف واما انه لا يترتب عليه الضمان فلا يدل عليه والا يلزم
انه لو لم ينف الضمان بالتلف لما احتاج الى الاتهام لثبوت الضمان بنفس التلف لان الغرض قد يتعلق
باسترداد العين مثلا ونفيا ينفي تسلطه على مطالبة العين بعد ادعائه التلف ولكن الظاهر
هو الوجه الاول خصوصا بعد ملاحظة الجمع بين المثابات المصرحة بنفي الضمان في صورة التلف وتجويزه
في صورة الاتلاف ولا يخفى عليك ان مورد القاعدة السابقة هو صورة التلف واما صورة الاتلاف فليس موردها
لان في صحيح العقود ايضا فيها ضمان في هذه الصورة لورود دليل الاتلاف على الدليل المخصص وبالجملة ان الحكم
بعدم الضمان في الاستيمان مما لا شبهة فيه والاخبار به متكاثرة متظافرة حتى اشتهار حتى صار مسئلة الامانة من القواعد
المسلمة عندهم حتى لا ينكره احد ويستدلون على نفي الباس بانه امين وهذه العلة مستفادة من تلك الاخبار المتكاثرة

بلغ

ولا يذهب

ولا يذهب عليك ان المراد بالامين في هذه الابواب ليس هو الامين الشرعي اعني المتعهد العدل
بل المراد منه من وكلت امرك اليه وسلطته على ملكك فالاستيمان عبارة عن ايكال الامر الى الغير
وتسليطه على ما اعطيته به ومنه هذا قولهم لا ائتمان الخائن يعني لا تسلطه على شيء مما يتعلق بك
ولا ينافيها لو ورد دليل على ثبوت الضمان في بعض افرادها لكونها من القواعد المستفادة من الادلة
اللفظية القابلة للتخصيص وليست علة عقلية غير قابلة له نعم لو ورد تخصيص في مورد يكشف عن
ان علتها المنفي الباس في غير هذا المورد ولا يوجب رفع اليد عنها راسا وذلك نظير ما لو قال
لا تاكل الرمان لانه حامض فيقتضي عموم العلة المنع عن كل ما فيه حموضة فلو ورد دليل اخر
على جواز اكل الحامض من الكذائي يفهم منه ان علة النهي هي الحموضة المقيدة بعدم كونها
من هذا الحامض ولا يوجب هذا التخصيص رفع اليد عن عموم العام كلية اذ لو بنينا على ذلك لما
امكننا التمسك بعموم عام اصلا اذ ما منها الا وهو مخصص بدليل اخر فتلخص مما ذكرنا ان
الحكم بعدم الضمان على الامين في الاستيمان بعد ملاحظة الاجماع وكونها من القواعد المسلمة و
هذه الاخبار المتكاثرة مما لا مجال للتامل فيه نعم يبقى هنا اشكالات احدهما انه هل يتحقق
الاستيمان في هذه الموارد وعبارة عن تسليط الغير على العين وايكالها اليه وهذا هو المناط
في الحكم وليس لها معنى شرعي علمت انه هذا المناط متحقق في الفاسد ايضا وانهما في هذا
المعنى على حد سواء ولا يبقى لهذا الاشكال مجال ثانيهما انه قد يكون في بعض المصاديق من
تلك العقود الفاسدة كبعض اقسام الاجارة الفاسدة اعطاء الموجر للعين المستاجرة لا لاعتقاد
استحقاق المستاجر انتفاعها بحيث لو علم فساد الاجارة لم يعطها فيكون استيمانه عليه
لا لاعتقاد الاستحقاق فهل الاستيمان في صورة تخلف الاعتقاد متحقق ام لا بل هو
مشروط بالاستحقاق فكانه قال سلطتك عليها ان كنت مستحقا بعبارة اخرى اعتقاد

بفاسد تلك العقود
كما انه يتحقق في صحيحها
ام هو ملازم للاستحقاق
الشرعي بحيث لا يوجب
في الفاسد ولكنك بعد
ما عرفت من ان الاستيمان
صح ٢

الاستحقاق

الاستيمان هل هو من مشخصات الموضوع فهو بمنزلة قوله سلطت المستحق واستامنه ام هو من دواعي الاستيمان فكانه قال سلطا سلطتك يا فلان لاجل احتمال انتفاعها فلو كان من قبيل الاول يشكل الحكم بعدم الضمان لانتفاء المدرك فيه فيكون هذا اشكالا نقضيا للقاعدة المذكورة والظاهر ان مجرد امكان كونه من هذا القبيل يكفي في انتقاض القاعدة بدعا على فرض الوقوع واما الحكم بعدم الضمان في التمليكات التي لا ضمان لصحيحها كالهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال عليها بنحو ما دل على خروج صورة الاستيمان فان اسقاط المالك لعوض على ملكه او نفيه عدم ضمان له اقتضى التسليط المطلق عليه مجانا عدم ضمانه بطريق اولى بالنسبة لخروج التسليط المطلق بالعوض كما في المعاوضات فانه عين التضمين والاولوية المدعاة في المقام اما انها بالنسبة الى الحكم الشرعي ومناطه حيث ان المناط في عدم الضمان في الاستيمان دفع المالك ملكه الى المستامن على وجه لا تضمين وهذا المناط تحقق في المتهب الذي حقيقته في المستامن لان الواهب انقطع علقته عن ملكه وسلطنه على نحو الاستقلال بخلافه في المستامن لعدم انقطاع العلقة فيه رأسا واما اه بلحاظ بالنسبة الى الحكم الشرعي فيقال ان حكم الشارع بعدم الضمان فيما ملكه المالك وانقطع علقته عنه مع تجويزه للاخذ اتلافه وصرفه حيث شاء والتصرف اولى فيما لم ينقطع علقته ولم يحل رضاه الا مجرد التسليط عليه لا عن تضمين من غير تعدى وتفريط وبعبارة اخرى ان المناط في الحكم مجرد التسليط على هذا الوجه لا يخفى انه في التمليكات اقوى لان التسليط فيه مطلق حيث لا يبقى للمالك تسلط اصلا الا نعم لو لم يعلم فساده وهذا موجب للاولوية حكم الشارع فيها بعدم الضمان وقد يستشكل بانه يمكن ان يكون التسليط ورفع العلقة في نظر المملك معلقا على فرض التاثير شرعا وصيرورته ملكا له وان كان بحسب الظاهر مطلقا الا انه في الواقع مقيد في اجراء الاولوية ممنوع

ولا يخفى ان وجه الاولوية في المناط ... حكم الى الاولوية ووضوح الملاحظة بعد الاعتبار منه

لكونها

لكونها مقيدة على فرض حصول الملك وبدونه لم يرفع العلقة حتى يثبت الحكم بالاولوية وترد بدفعه بان المناط دفع الملك واخذه اليه لا بعنوان التضمين وهذا المعنى موجود بالنسبة اليه قطعا وارادة بقاء العلقة على تقدير عدم التاثير لا تضر في الحكم المذكور بعد تحقق المناط والفرق بين هذا الاشكال وسابقه ان الشك فيه في اصل رفع العلقة وارادة التمليك مطلقا ولو على فرض الفساد ولكنه في الاول في ان عنوان المستحق من مشخصات الموضوع او من الدواعي وبعد القطع بتحقق الاستيمان ولكن الشك في العلقة بالنسبة الى هذا الشخص من حيث هو لا من حيث انه من افراد المستحق ولهذا يندفع عن الاشكال الاخير بان المناط مناط الحكم اعني رفع اليد الملك اليه وتسليطه عليه من غير تضمين متحقق بالنسبة الى هذا الشخص الخاص سواء قصد ملكيته مطلقا او على فرض امضاء الشارع ولا يمكن ان يقال في دفع الاشكال الاول ان الاستيمان بالنسبة الى هذا الشخص الخاص بعد فرض الشك في كونه كذلك كما لا يخفى هذا تمام الكلام في مدرك القاعدتين ولكن ينتقض طردا اصل القضية بمثل قولك بعتك بلا ثمن واجرتك بلا اجرة على قول من قال بعدم الضمان كالشهيدين في الاخير حيث ان صحيحهما مما لا ضمان فيه بد ولا يفهم ما يناسبه على هذا القول وقد عرفت ان ارادة خصوص افراد العقود منها وتاويل كونه حقيقتها على فرض الصحة خلاف ظاهر القضية بقرينة قوله بصحيحه وبفاسده لظهورهما في تحققهما فيه بالفعل فلا بد من ارادة الصنف لو وجب فيهما الضمان والا فالنوع ح فيرد النقض عليها وهذا مما لا اشكال فيه وانما الاشكال في مقامين احدهما في تصوير معنى هذا الكلام اعني قولك بعتك بلا ثمن والاخر في حكمه واما الكلام في المقام الاول فنقول ان المتكلم بهذا الكلام تارة يريد التمليك المجاني ويؤدي مقصوده بهذا اللفظ واخرى انه لا يريد الا ايجاد مدلول هذا الكلام وانشائه واما الاول فهو خارج عن محل كلامهم فهو ليس

بيعا فاسدا بل هو اما هبة صحيحة لو لم نقل باعتبار حضور المعطى فيها واما هبة فاسدة لو قلنا

باعتبار لفظ خاص فيه او التمليك المجاني هو حر غلبة الامر اذا ما بهذه العبارة فالتعبير عنه بالبيع

الفاسد ليس على ما ينبغي فالقول بان مبنى القول بعدم الضمان جعل الجزء الاخير من الكلام اعني قولنا

بلا اجرة وعدم قرينة لصرف الجزء الاول منه وتجريده عن اعتبار العوض والاجرة فيكون الاول هبة

الثاني عارية وكذا القول بان مبنى القول بالضمان الاخذ بظهور الجزء الاول في ارادة العوض وكلا

جزء وظهوره في الاقدام على وجه التضمين اجنبي عن محل الكلام اذ ليس محط نظرهم اثبات الظهور لهذا

الكلام وانه في ايهما من المعنيين اظهر حتى يقال ان الثاني قرينة لصرف الظهور او بالعكس بل المراد انه لو

اريد بهذا اللفظ انشاء البيع او الاجارة ولو بقرينة مستفادة من الخارج بحيث دلت على ان المراد من اللفظ

معناه الحقيقي وليس احدهما قرينة لصرف الاخر ولا بد منه مطلق التمليك والتسليط على الانتفاع

حتى يكون مجازا فهل المقبوض به الضمان ام لا لاقدام المالك من غير تضمين ولا يتوهم ان ارادة انشاء

المعنى الحقيقي موجب لاجتماع المتناقضين حيث ان البيع هو التمليك بالعوض فارادة تحققه

مع قوله بلا عوض متناقضان فلا يجتمع ارادتهما مدفوع بان المتناقضين نفس تحققهما في الخارج و

اما ارادة تحقق المتناقضين ولا محالة ولا انشائه باللفظ ايهم كذلك كذلك نعم تحقق مصداقه في

الخارج ممتنع فانشائه لا يترتب عليه مدلوله لعدم امكان ثبوت ما انشاء باللفظ لاستلزامه كونه تمليك

الخارج مع العوض وبلا عوض وان شئت مزيد توضيح لذلك فلاحظ نفسك هل ترى امتناعا في انشاء

ما تقصده في صورة الاخبار وعند البحث عن حال اللفظ ما تصوره وما يتخذه نفس الانشاء

الا تحققه في الخارج فافهم وتامل فالمقام لا يخلو عن دقة اما الكلام في المقام الثاني اعني في بحث

حكم فنقول ان الاقوى فيه الضمان لقاعدة اليد واما ما يتوهم من كونه مخصصا لقاعدة اليد من اقدامه

لا على وجه التضمين ففيه ان هذا عقد بيع تاما على التمليك المجاني بل هو اقدام على امر ممتنع التحقق

في الخارج فالتصرف في المال ليس جاريا على مقتضى مدلول اللفظ حتى يكون بمقتضى انشاء المالك بل

اوكل المال بالباطل نعم لو علمنا ان المراد على كلمة مجانا ولو باعتبار ظهور اللفظ فيه فالاقوى فيه

عدم الضمان لدخوله في الهبة الفاسدة في بعض الفقه ولو لم نقل بجعلها وينبغي ان نختم عكس القضية

وقد عرفت ان هذا الفرض خارج عن محل البحث وما هو منه فالحكم بثبوت الضمان فيه لقاعدة

اليد ولكن يشكل تعميم الحكم حتى بالنسبة الى الاجارة في الاعيان لانحصار المدرك فيها في قاعدة الاحترام

لو تمت وقاعدة الضرر مع انه يمكن ان يقال ان انتهاك حرمته عمله من قبل نفسه لا من جانب المستاجر فافهم

وقد يجري التفصي في عكس القضية او مجانا فيها كما لو سلطه على العين بزعم استحقاقه منفعتها وكان

بانيا على تسليط مجاني المستحق وبيانه بحيث كان هذا عنوان من شخصها الموضوع فقد عرفت انه لا وجه

في ثبوت الضمان خصوصا مع علم الاخذ بعدم استحقاقه مع انه لا يقتضي بصحيحه هنا انه قد تبين

ان تلك العقود التي لا يضمن بصحيحها لا يضمن بفاسدها فلبلاحظ ان هذا الحكم اعني عدم الضمان هل

هو مختص في صورة حيوة المالك الاولى التي تحقق الاستيمان والتمليك المجاني من قبله او هو ثابت

مطلقا بالنسبة الى هذا المال ولو بعد موت المالك وانتقال العين الى وارثه لاستصحاب الحكم و

تخصيص قاعدة اليد بالنسبة الى هذا الشخص الخاص فالتمسك لما بعد ذلك لاثبات الضمان بالنسبة

اليه كما لا يقتضي بصحيحها منه كذا لا يقتضي فاسدها ايضا وجهان اقواهما ثبوت الضمان لان اجراء

الاستصحاب فرع بقاء الموضوع اذ من المعلوم اعتبار قيد الامانة في الموضوع لكونها مناطا للحكم

وهي منتفية بالنسبة الى الوارث وتوهم خروجه عن تحت القاعدة مدفوع بانه موضوع المخصص كونها

ومن المعلوم عدم انطباقه فيه بعد خروجه عن الامانة اذ هي في قوة قولك على الاخذ ما اخذ الا ان ما استامنه

المالك وهذا الشخص لما حصل بعد موت المالك انتقال الملك الى الوارث ليس مما استامنه من هو مالك فعلا

واستيمان من كان مالكا قبل انتقال الملك لا يورث رفع الضمان فيما بعد الانتقال لان اذنه واستيمانه

بالنسبة الى العقد الرق كالعتم وذلك كالواذن في التصرف في عبد ثم باعه بالاخر ومعلوم ان تصرفه
فيه بعد البيع تصرف باطل العين من غير اذن مالكه وقد اورد النقض على القاعدة بموارد منها الصيد
الذي استفاده المحرم من المحل بناء على فساد العارية فانهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة مع ان صحيح العارية
لا يضمن به ولذا ناقش الشهيد الثاني في الضمان على تقدير الصحة والفساد او صحيح العارية لا ضمان
عليها ففاسدها ايضا كذلك ويمكن ان يتوجه الضمان ان تصرف المحرم فيه واما كان في يده موجب
لخروجه عن ملك المحل فهو في الحقيقة اقدام على التلف لا لاثر بعد الامساك لما يجب عليه الارسال
فيستقر قيمته في ذمته حتى يقال انه لو كان للارسال مقدمات كالخروج عن البلد لاعتياده في المعاودة
الى دار مالكه فلو تلف قبل تحصيل المقدمات لا يتنجز الامر بالارسال حتى يستقر القيمة او لوجوب تقديم
حق الناس على حق الله والمسارعة الى الرد لعدم جواز التصرف فتاخيره تفريط في حقه حتى يقال
ان بعد الامساك لا يثبت الضمان بعد استيمان المالك واذنه في التصرف غاية الامر انه ارتكب
محرما بالامساك بل للبناء على انه بعد نهي الشارع عن التصرف فيه وعدم مملوكيته له ان التصرف فيه موجب
لصيرورته غير ملك مملوك وخروجه عن ملك المحل بنفس العقد والاقدام على التصرف اقدام على الا
الاتلاف والتلف بعد الامساك انما يكون بعد اخراجه عن ملكه واستقرار القيمة عليه عوضه
وعلى هذا لا ينتقض به القاعدة اذ قد عرفت ان صورة الاتلاف خارج عن قاعدة ما لا يضمن غاية
الامر ان هذا النوع من الاتلاف غير متحقق في العارية الصحيحة فافهم ومنها النقض بالشركة
الفاسدة بناء على عدم جواز التصرف بها فاخذ المال بعقد بها عدوانا موجب للضمان وهذا ما
ذكره شيخ مشايخنا في هكا سير وهو بظاهره غير مستقيم اذ المراد بالشركة هنا هي الشركة لعيان الشركة العقدية
المصطلح التي تحتاج الى العقد وتحصل باختيار المالكين وتتصف بالصحة لا مطلق امتزاج المالين لعين
ولو قهرا اذ هذه غير متصفة بالصحة والفساد وح نقول هذه الشركة اما ان يكون عقدها كافيا في حصول

ولا منافي هذا عدم الضمان في تلف العين المستاجرة
في الاجارة الصحيحة لوجه ثبوت الموجود انتقالها
الى الوارث اذ بعد استحقاقه المنفعة يجب
على الوارث لا استيمانه او المواطاة عليها
على نحو لا منافي حقه وترك المواطاة
كالنفع في الاستيمان فتدبر منه
ولا يخفى ان ما ذكرنا لا ينافي كلية
القاعدة وعمومها اولا ينافي ثبوتها
عدم الضمان في افراد تلك العقود
في الجملة منه

كالاذن وجواز

كالاذن وجواز التصرف بمعنى انه مستفاد من نفس العقد لعقد ولا بد في جواز التصرف من تحقق الاذن في الخارج
بعد العقد بمعنى ان العقد لا يفيد الا اشاعة ملك كل من المالكين في المجموع فلا بد في جواز التصرف
من حصول الاذن خارجي من نفس العقد فح نقول انه لو قلنا بعدم كفايته في جواز التصرف واحتياج
التصرف الى الاذن الخارجي فعلى فرض انتفاء الاذن يضمن بصحيحه ايضا كما يضمن بفاسده لانه تصرف
في مال الغير من غير اذن المالك وعلى فرض ثبوته لا يضمن بفاسده ايضا كما لا يضمن بصحيحه لانه تصرف
في المال باذن المالك واستيمانه ولو قلنا بكفايته في جواز التصرف ما لم يصرح بخلافه بكونه
استيمانا من قبل الشريك انه امين لا يترتب عليه الضمان فهذا المناط في فاسده ايضا محقق اذ بعد
ح مال الشركة كالعين المستاجرة وغيرها مما يقبض بالعقود الفاسدة التي لا يضمن بصحيحها فلا يضمن
بفاسده ايضا لكونه امينا من قبل الشريك ولا يتوهم ان الاستيمان انما يتحقق بالنسبة الى الشريك بحيث
يكون العنوان من مشخصات الموضوع وبعد فرض ما من فساد الشركة وعدم امضاء الشارع لها فلا
يكون استيمان لانتفاء موضوعه لان مقتضى ذلك ان لا يبقى لقاعدة العكس مورد لجريه في جميع
الموارد كما اوردنا نقضا على القاعدة في الاجارة الفاسدة على فرض كون الاستحقاق من مشخصات
الموضوع فتخصيص النقض بذلك وجعل العنوان من مشخصات الموضوع مطلقا مما لا وجه له نعم يتم
النقض لو ثبت القول بالضمان على فرض فساد عقد الشركة فلا بد من ملاحظة فتاوى العلماء في المسئلة
حتى يظهر ورود النقض وعدمه واما بمقتضى القواعد فلا يتم لما عرفت ولكن ظاهر كلام الشيخ ما ثبه
الجزم بمقتضى القواعد حيث لم يسند القول بالضمان الى احد من العلماء بل قال بناء على عدم جواز التصرف بها يكون
اخذ المال بها عدوانا فهو موجب للضمان وح نقول ان عدم جواز التصرف بها مبني على ان لا يكون الشركة استيمانا وكافية
في الاذن وعلى هذا الفرض يضمن بصحيحه ايضا على فرض انتفاء الاذن كما انه على فرض تحققه لا يضمن بفاسده ايضا
فافهم تنبيهان الاول ان تلك القاعدة السالبة بعمومها مقتضية لعدم الضمان في كل عقد لا يضمن

بصحيحه

بصحيحه مع انه لا ريب في ثبوت الضمان في فاسد تلك العقود لو كان الفساد مسببا عن عدم قابلية المالك
للتصرف في المال كالو كان صغيرا او مجنونا او مكرها او غير ذلك وهذا بظاهره ينافي عموم القضية
فلا بد من التصرف في ظاهرها وصرفها الى مورد لا ينافي عمومها خروج تلك الموارد واثبات الضمان فيها
بتقييدها على نحو لا ينافي ذلك ومعلوم انه ليس في لفظ القضية ما يصلح لذلك فلا بد من استفادته
من قرينة خارجة عن اللفظ فنقول ان فساد المعاملة اما من جهة الاخلال بالفاظ العقد على النحو
المعتبر فيه من حيث اللفظ على القول باعتباره واما من جهة الانتفاء شرائط الناشئ مثل كونه مستقلا
قابلا للتملك وعدم كونه مستحقا للغير وغير ذلك واما من جهة انتفاء شرط من الشروط المعتبرة في نفس
المتعاقدين من البلوغ والعقل وعدم الحجر وعدم الاكراه ولا شبهة انها في الصورة الاخيرة
مضمنة ولا يخفى عليك عمومها لعموم قاعدة اليد وعلم ما يصلح لكونه مخصصا لها والظاهر ان مرادهم
من هذه القاعدة تعميمها بالنسبة الى غير هذه الصورة وتخصيصها بها بقرينة تعليلهم لها اصلا
وحكما بالاقدام من البين ان صلاحية الاقدام للعلية فرع كون الاقدام ذات حكم وتاثير واما لو لم
يكن كذلك فلا يصير سببا لرفع الضمان وتخصيص قاعدة اليد فاقدام الصبي والمجنون والسفيه والمكره
بعد حكم الشارع بكونه لغوا منزلة العدم لا يؤثر في رفع الضمان وح علية الاقدام لرفع الضمان
انما هي في غير هذه الصورة فيكون العلة اخص من ظاهر القضية فيصير قرينة على عدم ارادة الظاهر
او تخصيص حكم لخصوص العلة كما انه قد يعمم لعمومها وتوهم تخصيص القاعدة بالصورة الاولى
وخروج الصورتين الاخيرتين عن حكمها بادعاء ظهورها في كون نفي العقد من حيث هو كذلك منشأ
للحكم بالصحة والفساد وان انعقد هو كالاقدام مدفوع باستدلالهم في اثبات الضمان في الصورتين الاخيرتين
القاعدة في موارد كثيرة ومع هذا يدل على ان تلك الصورة داخلة فيما ارادوه منها فانهم
ان من جملة العقود التي لا يضمن بصحيحها العارية العين المضمونة فهل يشملها تلك القاعدة فيما لو استعير

بلغ

وهذا منقول من الكتاب الذي لطائف الزمان لانه حاصل في تخصيص الحكم بالاولى الا من جهة لكانه اعم بالنسبة الجمع المحضات منه

من الغاصب ام لا فنقول وبالله الاستعانة ذكر المحقق قدس سره في الشرائع ولو استعار من الغاصب
وهو لا يعلم كان قرار الضمان على الغاصب وان كان للمالك الزام المستعير بما استوفاه من المنفعة ويرجع الى
الغاصب لانه دخل في استيفائها بغير عوض والوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب واما لو كان عالما
كان ضامنا ولم يرجع على الغاصب لشيء انتهى كلامه رفع مقامه وحكي عن المسالك انكاره على المحقق والحكم
بعدم الضمان انه مقتضى اصراره على هذه القاعدة موافقته في الحكم ونظيره في صاحب الجواهر ان قرار الضمان
على المستعير ظاهر لان استقرار الضمان على من تلف في يده ولكنه لو كان جاهلا يرجع الى المعير لغروره فلو
رجع المالك على المعير كان له الرجوع الى المستعير لكون التلف في يده وبذلك صرح في اخر كلامه حيث قال
وبذلك اتضح وجه الرجوع على من حصل التلف في يده من ذوي الايدي المتعاقبة دونه الا اذا كان
مغرورا فانه بقاعدة الغرور يستحق الرجوع بما يغرم منه على من غره وبذلك اتضح لك هنا رجوع المعير
على المستعير العالم لو رجع عليه دونه وكذا الجاهل بالقيمة اذا كانت العين مضمونة عليه اذا
كان فردا من افراد مسئلة تعاقب الايدي انتهى كلامه وحكي عن تذكرة الفاضل وتهذيبه ذكر من انه لو استعار
من غير المالك عالما او جاهلا ضمنه واستقر الضمان عليه لان التلف حصل في يده ولا يرجع على المعير ولو رجع
المالك على المعير كان للمعير الرجوع على المستعير وحكي عن المسالك حاكيا عنهما وعن القواعد في
مسئلة المستعير من المستعير خلاف الاشكال في رجوع المستعير على المعير لو رجع عليه المالك
وفي رجوع المعير على المستعير الجاهل مع حكمه في المستعير من الغاصب بخلاف ذلك اذا عرفت هذه
الاقوال فنقول انه هنا قواعد ثلاث احدها قاعدة ما لا يضمن والاخرى قاعدة الغرور والثالثة
قاعدة استقرار الضمان اما القاعدة الاولى فهي بظاهرها وان دلت على عدم قرار الضمان على
المستعير لاقتضائها عدم جواز الرجوع اليه لكم ولكنه لما كان مدركها الاستيمان من المنتسب
الى المالك منتف حيث لم يتحقق من قبله فلا رجوع اليه واما بالنسبة الى الغاصب فيتحقق التسليط عليه

على يد من تلف في يده

بعنوان المجانية من غير تضمين فليس له الرجوع اليه اصلا لانه امين بالنسبة اليه حيث استأمنه وقاعدة
استقرار الضمان مختصة بما اذا كان تلف في يده امينا وقد عرفت ان المستعير ليس ممن استأمنه
المالك ولكنه بالنسبة الى الغاصب امين فلما ان رجع الى المستعير فبمقتضى قاعدة اليد فان الضمان على من
تلف في يده والى الغاصب يكون المسئلة مما تعاقب عليه الايدي ولكنه بعد رجوعه الى الغاصب ليس للغاصب
الرجوع الى المستعير سواء كان عالما او جاهلا لكونه امينا من قبله وقد عرفت تخصيص القاعدة بالامانة
واما لو رجع الى المستعير فله الرجوع الى المعير لو كان جاهلا لقاعدة الغرور لو سلمنا جريانها في المقام واما
لو كان عالما فلا لعدم جريان القاعدة كما لا يخفى واعلم انه من جملة العقود التي يقتضي بحسبها الجواز
الضمان لان المال المحال تنتقل الى المحول له والمضمون له يكون خسارته في ماليهما الاصلي لانه من جملة موارد
المعين المحول والمضمون وكما لغرض ان قلنا بانه من العقود لان اداءه ورده يكون نقصا وخسارة
في ماله الاصلي لمن يقترض واما المكاتبة وان كان صحيحة مضمنا حيث ان صحتها موجب الخسارة فيما له الا مع
سعيه وصيرته مالكا الا ان المضمان في فاسدها غير متصور حيث يبقى العبد ملكا له مع ما في يده فلا
يتوهم انه حتى يترتب عليه خسارة وليعلم ثانيا انا لو قلنا ان قضيتا الاصل والعكس مما اجمع عليها
لا نقول بها اما لوجدنا من المنقوض عليها لو اقيم عليها ادلة خاصة لكونها قاعدة تخصيص لانها ليس
من العقليات حتى لا تقبل التخصيص نعم لو لم يقم عليها دليل بالخصوص في موارده ومن قال بها عول
عليها بمقتضى القواعد يكشف ذلك عن عدم كونها اجماعية في جميع مواردها وان استندوا فيها
ادلة اخر غير الاجماع كقاعدة اليد وقاعدة الاتلاف وقاعدة احترام المال وغير ذلك فلا بد علينا
من الاقتصار على ما ساعده عليه الادلة والرجوع الى القواعد في الموارد المشكوكة وهذا بخلاف ما
لو قلنا بان مدركها الاجماع وانها اجماعية فما علم من التخصيص حينئذ فنعمل به وفي الموارد المشكوكة نحكم
على طبقها فنحكم بالضمان فيما يترتب على صحيحه الضمان وبعدمه فيما لا يترتب على صحيحه الضمان ومن الامور المتفرعة
على عدم

على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد وجوب رده والمراد منه الرد الى المالك وحكي عن جامع
المقاصد ان مؤنة الرد على المشتري لوجوب ما لا يتم الرد الا به والملاك قد يشمل ما لو كان في رده مؤنة كثيرة
الا ان يقيد بغيرها بادلة نفي الضرر واستدل على وجوب الرد بان الامساك اما انما تصرف في مال الغير
بغير اذنه وهو لا يجوز لقوله عجل الله فرجه لا يجوز لاحد ان يتصرف في مال غيره الا باذنه وفيه نظر لانه لا
يدل الا على عدم جواز التصرف في مال الغير واما وجوب الرد فلا بد في اثباته من دليل اخر ضرورة
ثبوتها او سطا بينهما للامكان الكف عن التصرف في مال الغير وعدم الحيلولة بين المالك وماله وعدم
منعه عن التصرف واخباره بذلك بل وامره بالاسترداد ونقله الى منزله من دون ردده اليه
كما في الامانات فاثبات وجوب الرد بايصاله الى يده والتزام مؤنته مشكل وما قيل من ان الامساك
اما انما تصرف في مال الغير بغير اذنه ففيه انه ان اريد من الامساك الحبس والاستيلاء عليه بحيث
يمنع المالك عن التصرف فيه فكونه تصرفا مسلم ولكنه لا يثبت بحرمته وجوب الرد لثبوتها لو اخلد
كما عرفت وان اريد ما يعم مطلق النظر اليه للحفظ عن خيانة الخائنين وسرقة السارقين مع علم مزاحمة
للمالك عن الاستيلاء عليه ومنعه عن التصرف فيه فكونه تصرفا في مال الغير ممنوع سلمنا ان مطلق
الامساك ولو بهذا النحو تصرف ولكن نمنع ان اعادة المال عن نفسه بحيث لا يصدق عرفا عليه انه
امسكه بوجه اصلا مع تمكينه المالك من الرجوع اليه واسترداده باخباره ان ماله في موضعه كذا
وبهذا ظهر عدم استقامة التمسك بخبر لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه لعموم جميع الافعال التي منها الامساك
فيقتصر على مورده ودفعه او بعد تسليم ان الامساك بالمعنى المذكور ايضا فعل بالنسبة اليه منفي بالخبر فيرفع
البعد بحيث لا يصدق ذلك ايضا كما عرفت فالذي يحق ان نقله الى يده ودفعه اليه واجب
حتى يقال ان مؤنته واجبة من باب المقدمة ونفي الكف عن التصرف ولا يقتضي مؤنته حتى يقيد
الكثير منها بادلة نفي الضرر فتحصل مما ذكرنا ان الحكم بوجوب الرد بهذا المعنى مشكل نعم يجب الرد فيما

معناه الذي اريد من وجوب رد الامانة وهو لا يكون الا الاعتراف بمجرد تمكينه على اخذه
واسترداده وعدم وجوبه بهذا المعنى من المسلمات عندهم ووجوب الرد بهذا المعنى في الغصب
ليس لاجل عدم جواز التصرف في مال الغير ولذا لم يتمسكوا لاثبات وجوب الرد فيه بما دل على
بل الدليل عليه في باب الغصب الاجماع وما ورد من ان المغصوب مردود نعم تمسك الشهيد للاثبات
وجوب الرد في باب الغصب بعد الاجماع بقوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهو لو دل عليه
في باب الغصب لدل فيما نحن فيه ايضا على وجوبه ولكنك قد عرفت من ظهوره في الحكم الوضعي اعني
اثبات الضمان دون التكليفي لما ذكرنا من ظهور كلمة على في اثبات الحكم الوضعي اذا استند الى مال من
الاموال ولذا تمسكوا به في كثير من الموارد لاثبات الضمان دون الوجوب فيه تثبيت ثبوت الضمان الى
زمان الاداء دون الوجوب وهي عبارة عن الرد والمناقشة بان لفظ الاخذ ايضا ظاهر في
التمكين على استيلائه عليها والتصرف فيها باعتراف على حقه دون الايصال كما في قوله تعالى ان
الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها وغير موضح مما يدل على وجوب اداء الامانة ليس
في محلها لان الاية مسوقة لبيان ان الرد لابد ان يكون الى الاصل لا الى غيره فيكون ساكتة
عن حال الاداء بل كونها في هذه المقامات على ظاهرها وتجريدها عن الايصال فيها للاجماع
ودعوى اثبات وجوب الرد بمعنى الايصال بالاتفاق ممنوعة بان اتفاقهم على وجوب الرد لو سلم
فيحتمل ان يكون مرادهم من الرد ما اجمعوا عليه في باب الوديعة لا الرد بمعنى الايصال والشك
يكفي في عدم الحكم بالوجوب لعدم العلم بتحققه في هذا المورد نعم يمكن التمسك لوجوب الرد
بما حكي عن السرائر من ان المقبوض بالبيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب لو قيل بعموم
المنزلة حتى في وجوب الرد والكيفية لا في مطلق الضمان وهذا الدعوى مشكلة ولو بعد تسليم
الاجماع او حجيته كما لا يخفى ثم انه قد ينسب اليهم جواز التصرف فيه معللا بكونه مأذونا فيه حينئذ فعلى ... باعتباره

وضمان

وضمان الدفع اليه انما هو للجري على المعاملة والبناء عليه والرضا الحاصل في ضمنه انما هو
لزعم ملكيته وبعد انكشاف فساده وعدم امضاء الشارع لم يبق له رضا ولا اذن لكونه مقيدا
بانتقال العوض اليه اذ المفروض عدمه انشاء والملكية الجائية وكونه مالا للمالك مأذونا في
التصرف يحتاج الى اذن جديد واما تقييد الرضا بحصول الملكية في الجاهل بالفساد واضح
وفي العالم ايضا كذلك اذ البايع بالبيع الفاسد لم يرض رضائه بالتصرف في المبيع للبناء على
الجري على مقتضاه تشريعا او مسامحة وبعد زجر الشارع عن هذا التصرف وعدم امضائه ينتفي الرضا
والمبيع ايضا اخذ دونه ومن الامور المتفرعة على عدم تمليك المقبوض بالبيع الفاسد ايضا انه لو كان
للعين المبتاعة منفعة استوفاها المشتري قبل الرد كان عليه عوضها على المشهور بل ظاهر
ما تقدم من العلامة في التذكرة كونه بمنزلة المغصوب الاتفاق عليه وهذا الحكم مما لا اشكال فيه لاحترام
اموال المسلمين وعدم حليتها الا عن طيب نفسه وقد عرفت صدقه على المنفعة المستوفاة ولكنه
قد يتمسك لنفي الضمان في المنافع بقوله ص الخراج بالضمان وتفسيره ان من ضمن شيئا وتقبله
لنفسه فخراجه له فالباء للسببية او المقابلة فالمشتري لما اقدم على ضمان المبيع وتقبله على نفسه
بتقبيل البايع وتضمينه اياه على ان يكون الخراج له مجانا كان اللازم من ذلك ان خراجه له على
تقدير الفساد كما ان الضمان عليه على هذا التقدير ايضا والحاصل ان ضمان العين لا يجتمع مع
ضمان الخراج ومرجعه الى ان الغنيمة والفائدة بازاء الغرامة وهذا المعنى مستنبط من اخبار
كثيرة متفرقة مثل قوله في مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري
الا ترى انه لو احترقت كانت من مال المشتري ونحوه في الرهن وغيره وفي الاستدلال نظر
لان ضمان العين بما اقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بازائه وانما هو امر قهري
حكم به الشارع كالحكم بضمان المغصوب وليس الخراج فيه للغاصب قطعا مع انه ... من العين المغصوبة

عرفا

عرفت دعوى الاجماع من السرائر من ان المقبوض بالبيع الفاسد بمنزلة المغصوب وقد يفسر الرواية
بان المراد بالضمان الذي بازائه الخراج التزام الشيء على نفسه وتقبله له مع امضاء الشارع له
فعلى هذا معناها ان كل مورد تحقق تضمين وتغريم من قبل المالك والتزام وتقبل من قبل
الآخذ وامضاء الشارع يكون الخراج للآخذ مقابلا لالتزامه على نفسه او بسببه وفيه
مع بعده انه منتقض بالعارية المضمونة حيث انه اقدم على ضمانها مع ان خراجها ليس له لعدم تملكه
المنفعة وانما تملك الانتفاع الذي عينه المالك ويمكن توجيهها بما ذكره بعضهم في بعض
وقد ذكرناه في صدر القاعدة السابقة وهو انه يعني ضمانه عليه انه لو تلف كان في ملكه لا بمعنى
ويكون المراد بالضمان ما هو الحاصل منه لا معناه الحدثي المصدري فمعناها ان تعلق الخراج ملاصق
لصيرورة الشخص ضامنا بمعنى انه ينتقل بمن يكون التلف في ملكه فحاصله ان المنافع تابعة
للاعيان ويمكن تنزيل الرواية على خراج المقاسمة فيصير اجنبيا عن المقام والحاصل ان دلالة الرواية
لا تقصر عن منعها في الرهن فلا تترك لاجلها قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه هذا الكلام
في المنفعة المستوفاة واما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فقد استوفينا الكلام فيها في
قوله الثامنة السابقة ومن الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد فان كان مثليا وجب
مثله بلا خلاف الا ما يحكى عن ظاهر الاسكافي والا فالقيمة وقد اختلفت كلمات
اصحابنا في تعريف المثلي فالمحكي عن المشهور انه ما يتساوى اجزاؤه من حيث القيمة وعن السرائر
انه ما تماثلت اجزاؤه وتقاربت صفاته وعن بعض ضده انه المتساوي الاجزاء والمنفعة المتقارب
الصفات وعن غاية المراد ما تساوي اجزاؤه في الحقيقة النوعية الى غير ذلك ثم لا يخفى عليك
انه ليس للفظ المثلي حقيقة شرعية ولا متشرعية وليس المراد به معناه اللغوي اذ المراد بالمثل
لغة المماثل ولا خفاء ومن هنا لم يظهر بلا نزاع في تعيين حقيقة المماثلة ونقول انه لو اريد منه

وأشير هنا لتغيير التعليل المذكور في قوله الثامنة ... الا ترى انها لو احترقت كانت من مال المشتري لدلالته على ان المنافع تابعة للاعيان

المماثلة

المماثلة في جميع الجهات فغير منعكس او قلما يوجد شيئان متماثلين من جميع الجهات ويلزم خروج
اغلب ما حكموا بكونه مثليا عنه ولو اريد منه بعضها فغير مطرد كما لا يخفى فليس في المقام معيار
معتبر في تمييز المثلي عن غيره بحيث يطمئن به النفس فلا بد في الموارد المشتبهة الكثيرة
الى ما يتعين الاجماع على كونها مثليا او قيميا من ملاحظة الاصل والرجوع اليه وذكر شيخنا
قدس سره في تعيين الاصل ولا يبعد ان يقال ان الاصل هو تخيير الضامن لاصالة براءة ذمته عما زاد
على ما يختاره فان فرض اجماع على خلافه فالاصل تخيير المالك لاصالة عدم براءة ذمته بدفع
ما لا يرضى به المالك مضافا الى عموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي فان مقتضاه عدم
ارتفاع الضمان بغير اداء العين خرج ما اذا رضي المالك بشيء آخر والاقوى تخيير المالك من
اول الامر لاصالة الاشتغال والتمسك باصالة البراءة لا يخلو من منع نعم يمكن ان يقال
بعد عدم الدليل لترجيح احد الاقوال والاجماع على عدم تخيير المالك في الاداء من جهة
دوران الامر بين المثل وبين القيمة اعني تعيين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة ولا
للضامن الامتناع وبين تعيين القيمة كذلك فلا متيقن في البين ولا يمكن البراءة اليقينية
عند التشاح فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى فتأمل انتهى كلامه وفي كلامه قدس سره تأمل اما اولا
فلان الحكم بالتخيير اما لاجل دوران الامر بين المحذورين التعيين والتخيير على القول به واما
لاجل تعارض الدليلين ان لم نقل بوجوب التوقف او الاحتياط والا كان في مقام العمل الى الاصول والترجيح
واما لاجل دوران الامر بين المحذورين بحيث لم يمكن الاحتياط وليس ما نحن فيه من القسم
الاول لكونهما متباينين ولا من القسم الثاني اذ لا شك في ان هذا الشيء هل هو مثلي حتى
يجب مثله او قيمي حتى يجب القيمة وليس لهما دليلان متعارضان حتى يتخير في الاخذ باحدهما
ولا من القسم الثالث لامكان الاحتياط مطلقا اما بالنسبة الى الطرفين او الضامن فيبذل ل

المثل والقيمة جميعا واما بالنسبة الى المالك فبعد الالزام باحدهما معينا او رفع اليد عن كليهما
وليس للمالك الزامه بكليهما او باحدهما معينا بل له ان يطالب بحقه الواقعي الذي هو في ذمته فان قلت
فيجب على الضامن اذ انهما جميعا مقدمة لتحصيل العلم بالفراغ وللمالك ان يقول اجعلني في حل عما
في ذمتك شيئا والا لم آخذ الا ما هو حقي فيقتضي الاشتغال يجب بذله عن طيب النفس تحصيلا
للعلم بالبرائة وليس للمالك الزامه بخصوصية حقه من غير زيادة ولا نقصان لكونه تكليفا بالمحال ولكن
لا يخفى ان الزامه على بذل المثل والقيمة تحصيلا لفراغ الذمة مشكل والزامه بكونه عن طيب النفس
بحيث لا يستلزم اخذ المالك كليهما تصرفا في مال الغير اشكل فمقتضى الاحتياط دفع المثل
والقيمة الى المالك بعنوان اداء حقه الواقعي الذي هو ثابت فيهما وبقي ما ليس بحقه باقيا
على ملك الضامن فيشتركان فيهما اشتراكا قهريا في ذلك الموضوع الخارجي فيرجع بعد ذلك الى
ما هو حكم الشركة القهرية من الصلح والقرعة ونحو ذلك على المشكل واما ما دام مختلفا باقيا على
ذمته فلا يجري القول بالصلح والقرعة لكون الشبهة حكمية ولا يجريان في الشبهات الحكمية وبعد
خروجه عن العهدة باداءهما الى المالك لا مانع من اجرائهما لصيرورة الشبهة موضوعية و
ليس للمالك الامتناع عن اخذهما معا بعد دفعهما اليه بعنوان اداء حقه الواقعي مع مطالبته
عن حقه لدوران الامر بين دفع الضامن ما زاد عن حق المالك وتسلطه عليه بما في غير حقه
وبين قبول المالك حقه في الشركة وابقاء الحق عليه مشتركا ولا ريب ان المحذور في الثاني
اقل وليس المراد في الشركة هو الشركة الحقيقية بل المراد منها كون المال المخلوط مشتبها بحيث لا يعلم
حق كل منهما ح فيرفع الامر عند التشاح الى الحاكم والحاصل ان مقتضى الاحتياط اللازم دفع
المثل والقيمة الى المالك بعنوان اداء حقه الواقعي وتعيين الكلي الذي في ذمته في ضمن احدهما من غير
تعيين بخصوصه على المالك القبول وليس له الامتناع عن اخذ حقه بعد التخير لعدم تمكنه عن اداء حقه

معينا غير

يا هو يا الله

٣٣

معينا غير مشتبه والزامه برفع اليد عن الزائد عن حقه مبني عليه وكذا الفائدة على ذمته
فيجب عليه القبول على فرض الاشتراك والا فيعامل معهما معاملة المال المشتبه في الخارج
ابتداء ولو امتنع المالك عن القبول يرفع امره الى الحاكم فيلزمه عليه او يقبل عن قبله ثم يأمرهما
بالصلح والظاهر عدم جواز تعيين حق كل منهما بالقرعة لكون الشك في التعيين من جهة جهل
الحكم وليس للقرعة في تعيين الحكم مجرى كما يتعين في محله فذلك نظير ما لو علم بحلية واحد من الغنم
او الارنب الموجودين في الخارج مع حرمة الاخر ولكن اشتبه علينا ان الحلال هل هو الغنم او الارنب
فكما لا يجوز تعيين الحلال منهما بالقرعة كذلك فيما نحن فيه لان تعيين حق المالك في خصوص
المثل او القيمة معناه ان حكم الضمان في هذه الواقعة هو هذا الشيء المعين وهذا بخلاف لانه
ليس لتعيين الحق الواقعي بل المراد تمكين كل من المالكين على الانتفاع على المال المشتبه لو
كان كل ما في يد كل منهما في الواقع ملكا للاخر وليس مؤدى الصلح تعيين الحق الواقعي وتشخيصه
في ضمن المثل او القيمة فافهم ثم انه قد يستشكل بما ذكرنا كما بان للحاكم نفعا من تعيين
الكلي الذي في ذمة الضامن في ضمن الشخص الخارجي ولكنه لا يخفى ما فيه حصر ما نحن فيه بلا خطر
امكان الاحتياط في العبادات وبالجملة ان مقتضى القاعدة ان اصالة الاشتغال في المقام
محكم وليس فيما نحن فيه الا من قبيل دوران الوجوب بين الظهر والجمعة ولا فرق بينهما الا
من جهة ان المثال من قبيل حق الله تعالى وما نحن فيه من قبيل حق الناس فهذا نظير ما لو علم
المطلوب بالدين على كل منهما تحصيلا للعلم بفراغ الذمة وليس للتخير فيه مجرى ولا يمكن
القول بالقرعة في امثال المقام لكون الشبهة حكمية وثانيا ان الشك يعود على اليد
في المقام الاعلى في اشكال اولا يخلو الحال اما ان يقدر فيهما فيكون معناها على عهدة
الاخذ ما اضيف الى زمان الاداء ومعنى كونه على عهدته انه لو تلف لكان عليه خسارته

ولكن شك في انه هل الزائد في ذمته او لعدم وجب بمقتضى القاعدة ان يؤدي مقداره الادون
١٢ العهدة

ومنها

وضمانه وهذه التعليقة تتميز زمان التلف وعلى هذا لا تعرض لها لما بعد التلف حتى يتمسك
بعمومها لاثبات التخيير واما ان لا يقدر العهدة فيها لفعلها على الاخذ اداء ما اخذت
فما دام باقيا عليه رده وحين التلف ينتقل عينه الى ذمته ومعنى كونه بعينه في ذمته انه ملتزم
باذائه مطلقا بحيث لو فرض جواز اعادة المعدوم لكان اللازم عليه ذلك والا يبقى
على ذمته الى يوم يناد المناد بل نظر بعض المحققين حقوق الاموات وغيرها التي لا تخلص
لها في دار الدنيا بل يبقى المستحق عليه مشغول الذمة الى يوم القيمة وح لا يجوز تكليفه
بفراغ الذمة لكونه محالا وجعل الاداء غاية بعد التلف من قبيل قوله نعم حتى يلج الجمل
في سم الخياط تعليق بالمحال اذا عرفت ذلك فنقول قد علمنا كانها مخصصة برضا المالك
او تعميم الاداء بحيث يشمل المثل او القيمة فعلى هذا معناه على الاخذ اداء عينه او ما
هو منزل منزلتها بحكم الشرع وكيف كان يوجب ذلك اجمال الدليل لانا قاطعون قبل العلم
المخصص بالحمل او المجاز الذي احتمل فيه القرينة فلا يجوز التمسك في مورد الاشتباه على
عمومه وهذا المعنى اعني بقاء العين في الذمة وان كان مخالفا لظاهر الاصحاب لان الظاهر
منهم في اغلب الموارد انتقال المثل او القيمة في الذمة في آن التلف كما عبر الا انه يناسب
لما ذكره المحقق قدس سره في مسئلة ما لو تلف ثوب عند الضامن وكان قيمته درهما انه يجوز
ان يعطى عليه درهمين ولا ربا وذلك لا استشكال فيه لو قلنا ببقاء العين واما بالانتقال
الى القيمة فيشكل لتحقق الربا اللهم الا ان يقال ان الاصل في الضمان المثل بمعنى ان المنتقل
الى الذمة اولا وبالذات بعد تلف العين هو المثل مط دون القيمة لكونه اقرب الى التالف
من حيث الذات والوصف ولكنه انعقد الاجماع مثلا على انه يؤدي ويحصل البراءة منه في القيميات
باداء قيمته فيسقط المثل من الذمة يوم اداء القيمة ومقتضى ذلك انه يؤدي قيمته يوم الاداء

لا يوم التلف

لا يوم التلف وعلى هذا فلا مانع من بيع ما في ذمة الضامن وهو عبارة عما هو مثل التالف
بدرهمين اذ لا ربا وح لان المبيع هو الثوب الثابت في ذمة الضامن لا قيمته وثانيا
ان الحكم يكون من باب تخيير المجتهد في الفتوى مما لا وجه له لان فتواه بالتخيير اما من جهة تعارض
الدليلين او لاجل دوران الامر بين المتعينين والتخيير وقد عرفت ان ما نحن فيه ليس
منهما في شيء ويمكن ان يقال ان القاعدة المستفادة من عموم الاوامر الضمان في المغصوبات
والامانات المفرط فيها وغير ذلك هو الضمان بالمثل لانه اقرب الى التالف من حيث المالية
والصفات ثم بعده قيمة التالف من النقدين وشبههما لانه اقرب من حيث المالية لان
ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه اليهما ولاجل الاتكال على هذا الظهور
ورد ... تنظر على مورد واحد من هذه الموارد مع كثرتها قد نص الشارع على ذكر المضمون
به بل كلها الا ما شذ وندر وقد اطلق فيها الضمان فلولا الاعتماد على ما هو المتعارف
لم يحسن من الشارع اهماله في موارد البيان ولكنه لابد في اثبات المدعى السير في
الموارد الخاصة والاحراز كونها في مقام بيان تمام الحكم فيها والا فلا ينفع الاطلاق
فيها لاثباته والظاهر كونه كذلك وح يكون المرجع في فهم كيفية الخروج عن العهدة
هو العرف ولكن يشكل هذا بكونه مخالفا للمذهب المشهور لان مقتضى منهجهم لزوم دفع
المثل في المثلي ولو نقص قيمته عن قيمة التالف حين التلف بل ولو سقط عن المالية
كالماء على الشاطي والثلج في الشتاء مع انه لا يعد ذلك في العرف خروجا عن عهدة التالف
وكذا لو كان التالف قيميا مع تمكن الضامن عن دفع المثل مع كونه مساويا له في القيمة
فمقتضى مذهب المشهور عدم لزوم دفع المثل بل عدم جوازه لو لم يرض المالك مع ان الخروج
عن العهدة عند العرف ينحصر ح على دفع المثل والحاصل ان كيفية الخروج عن العهدة

عند العرف

العرف هو اداء ما يماثل التالف ذاتا وصفة عند التمكن وبدونه بذل ما يساويه من حيث
الوصف في المالية ولذا لو اسقط واحدة من غرامته وادلها بدفع اليه ما يساويه من الالف
حيث لا يمتاز عن التالف ولا يجبر المالك من التالف ومع ذلك لا يرى نفسه بريئة عنها ولا مشتغل
لها وليس في تلك الاحيان كيفية الخروج عن العهدة عندهم بهذا النحو وهذا المخالف لمذهب المشهور
حيث لم يكن مثليا اذا عرفت ذلك علمت ان متابعة العرف مع مخالفته للمشهور مشكل ولكن في
البين منه ومتابعة المشهور من غير دليل اشكل فعلى هذا لابد من احراز طريقة العرف في كيفية
الخروج عن العهدة فما علم منها عمل على طبقها وما لم يعلم يرجع الى الاصل المتبع في المقام
ولا يخفى ان الرجوع الى العرف في تعيين القضاء انما هو في كل مورد لم يرد على خصوصه دليل على
خلاف طريقة العرف فلابد فيما ورد في ان التالف في ذمته من اقرض دراهم واسقطها
السلطان وروج غيرها عليها هي الاولى منها وقد يقرر الاستدلال بوجوه في الاقتضاء
الى امر انه كون الاطلاقات في مقام بيان تمام الحكم وهو انه بعد احراز ان للعرف طريقة في الخروج
عن عهدة المتلفات وضمانها لو اراد الامر الحكم بضمان ما اتلف ولم يعلم ان مراده هو ضمان
المتعارف بينهما وكان اراد منه معنا آخر لوجب الحمل على معناه العرفي ولو لم يرد هذا المعنى لكان
عليه بيانه ولا فرق حينئذ بين عدم وصول البيان او عدمه راسا اذ العقل لا يعذر عبدا لم
يمتثل امره لاجل احتمال ارادة المولى غير معناه المتعارف ولو احتمل بيان مراده ولم
يصل اليه خصوصا بعد احراز كون المكالمة على طريقة العرف فلابد في تعيين مراده من الرجوع
الى العرف ما لم يبلغ الامر اذ لم يصل ارادته الخلاف فلو قال المولى فاذا حييتم بتحية فحيوا
باحسن منها او ردوها لابد في تعيين التحية وردها من الرجوع الى العرف وهو موكول
اليهم وقد استدل على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا

عليه بمثل

عليه بمثل ما اعتدى عليكم بتقريب ان مماثل ما اعتدى هو المثل في المثلي والقيمة في غيره
واختصاص الحكم بالمتلف عدوانا لا يقدح بعد عدم القول بالفصل وربما نوقش في
الاية بان مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء لا المعتدى به وفيه نظر توضيح
ذلك ان سياق الاية يحتمل ان يكون للترخيص في اصل الاعتداء او مقداره او ليس معنيا
المعتدى به بمعنى انها مسوقة للترخيص على الاعتداء بالمماثل فهو مستلزم للترخيص في اصل الاعتداء
ومن كون المعتدى به بعين مقدار ما اعتدى به اولا اذ لو لم يكن كذلك لما كان مماثلا له ولا يبعد دعوى
ظهورها في هذا المعنى نعم الانصاف عدم وفاء الاية كالدليل السابق عليها بالقول المشهور
لان مقتضاها وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة والمالية فهذه مؤيدة للدليل السابق
في كون المرجع في كيفية الخروج عن العهدة هو العرف فباطلاقها يمكن ان يتمسك في ان
المرجع في تعيين المماثل هو العرف وليس المراد منه غير ما هو المتعارف لظهورها في كونها
في مقام بيان الحكم بتمامه ثم لا يخفى ان ليس للعرف قانون منضبط يرتفع بملاحظته الشك
في الموارد فلابد في كل مورد من ملاحظة طريقتهم في كيفية الخروج من العهدة في ذلك
المورد وربما لا يحرز الطريقة فيرجع الى الاصول والقواعد ومع هذا الاشبه ان المراد
المحرزة فيها طريقتهم لا يوافق القول المشهور لان مقتضى العرف في كيفية الخروج عن
العهدة بذل المماثل عرفا في الحقيقة والمالية وهذا يقتضي اعتبار المثل حتى في القيميات
مثلا لو اتلف ذراعا من كرباس طوله عشرون ذراعا متساوية في جميع الجهات فان مقتضى
العرف الزام الضامن بتحصيل ذراع اخر في ذلك ولو باضعاف قيمته ودفعه الى المالك مع
ان القائل بقيمية الثوب لا يقول به وكذا لو اتلف عليه عبدا وله في ذمة المالك عبد
القرض او السلم عبد موصوف بصفات التالف فانهم لا يحكمون بالتهاتر القهري مع ان اللازم

[illegible]

في نظر العرف بدل المثل ولا زما للتهاتر القهري وتوهم ان حكم المشهور بكون العبد والدار قيميا لاجل
علم الاحاطة والاطلاع على الصفات الخفية والالام الباطنية فهو في الحقيقة مما لا يوجد له مثل وعلى قوي
الوجود قليل التحقق فهو بمنزلة المعدوم ولذا حكموا بكونه قيميا مدفوع بان المفروض ان البناء عند السلم
كلي متصف بصفات التالف بحيث لو فرض وجوده عند البايع لجاز بيعه عما في ذمته وتعيينه في ضمنه مع
ان هذا الكلام لا يتمشى لو ربما يجوز بيعه بالسلم لان صحته موقوفة على ان يكون اوصافه منضبطة
في جل موارد بيعه فيه سلم يجب بذل المثل الخروج عن العهدة بمقتضى العرف مع انه على خلاف منهج
المشهور والحاصل ان مقتضى ظاهر الادلة والدليل الساير ارجعه الى العرف في باب المضمونات والغرامات
والقدر المحصل من طريقتهم هو نحو الجزم والتيقن هو لزوم بدل المثل لو كان مساويا للتالف في المالية
من غير فرق بين الحنطة والشعير والرطب والتمر والبغل والثوب والعبيد وغير ذلك من الاعيان نعم
لو لم يوجد المثل كذلك يجب الرجوع الى القيمة عندهم لانها اقرب الى التالف بحسب المالية ولكن الاشكال
هنا مع مخالفة للمشهور بان بعض المصاديق منها مما اجمع على لزوم بذل المثل كالحنطة والشعير
سواء زاد عن التالف بحسب القيمة او نقص وبعضها منها مما اجمع على وجوب دفع القيمة كالبغل
والعبيد وغير ذلك سواء وجد له المثل ام لم يوجد بل يمكن دعوى القطع من ملاحظة الاجماع على
ان ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة مع تعريفهم للمثلي والقيمي مع كثرة اختلافاتهم بالاتكال
على العرف مع كثرة اختلافاتهم في اصل التعريف بعدم كون العرف مرجعا في هذا الباب وتوهم ان
مدرك اجماعهم ملاحظة العرف في كيفية الخروج عن العهدة واستفادتهم من اهل العرف ان ضمان
المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة واختلافهم في التعريف لاجل اختلافهم في انظارهم فيما استفادوه
منهم وبعد ما علمنا خطائهم في الاستفادة وان طريقتهم مخالفة لطريقة العرف لا يبقى لاجماعهم
بالنسبة الينا اعتبار مدفوع في الغاية بحيث لا يرضى به ذو لب خصوصا بعد ملاحظة كون المسئلة

مابتلي

٣٨

مما يبتلى به كل احد في يوم وليلة غالبا فكيف يعقل عما غفلتهم عنها وحكمهم فيها على خلاف الواقع
على التتابع اعصار وقوفهم على مدرك لم نقف عليه بل يمكن دعوى القطع من تتبع الموارد الخاصة الكثيرة
في باب المضمونات والغرامات الامرة بدفع القيمة دون المثل بعدم كون العرف في امثالها مرجعا
هو وان حكمه في بعض المصاديق بضمان القيمة كالجامع بينهما لا يوجد له مماثل في غيرها من المصاديق
وكذا حكمه في الضمان بالمثلية بعضا ليس من ملاحظة العرف وانما الملحوظ ذلك المناط كما اذا لاحظ في الحكم
بضمان المثل انضباط صفات التالف حالكونها ظاهرة من غير ان يكون له صنعة بالهيئة الاندراجية
غالبا وان يكون غالب التحقق في الخارج من غير ان يكون في تحصيله كلفة زائدة وكذا غيرها مما يمكن
ان يلاحظ مناطا للحكم وفي الحكم بضمان القيمة ان يكون انتفائها ملحوظا فيه وحكم بضمان المثل او
القيمة لاجل ذلك المناط سواء طابق عليه العرف في الحكم بهذا الضمان الخاص ام لم يطابق ولعل مدرك
الاجماع وقوف الجميع بملاحظة تلك الاخبار على ما هو المناط فيها واختلافهم في التعاريف
لا لاجل اختلافهم في استفادة مناط الحكم عن تلك الاخبار ومقتضى فهمهم لا لاجل اختلا
في معنى المثلي او القيمي بحسب الاصطلاح او اللغة فيرجع النزاع الى ادعاء كل من عرف كلا منهما
بتعريف خاص ان ذلك المناط متحقق في خصوص تلك المصاديق التي عرفها بهذا التعريف
الخاص وكيف كان فلا ريب في حجية الاجماع في امثال المقام خصوصا بعد اعتضاده
بما علمناه من الاخبار المعروفة المنتشرة الكثيرة عدم ايكال الامر الى العرف فلا
بد من الجري على مقتضاه والحكم بضمان المثل فيما علمنا كونه مثليا والقيمة فيما علمنا
كونه قيميا واما الموارد المشكوكة فيعمل فيها على مقتضى القواعد الراجعة الى العموم فاعتدوا
عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا ريب في تشخيص المثل في تلك الموارد من الرجوع الى العرف
والاشتباه انه بعد قيام الاجماع على عدم جواز الاعتداء بالمثل في الجملة يصير العام مجملا

فلا يجوز

فلا يجوز التمسك به في الموارد المشكوكة لما تقرر في محله من ان العام المخصص بالمجمل مفهوما المردد

بين الاقل والاكثر لا يخرج عن الحجية بالنسبة الى موارد الشك هذا ولكن الانصاف عدم جواز ذلك لا

عن شك ان الالتزام بان معقد الاجماع في باب المثليات على خلاف طريقة العرف وان اجماعهم

عليه مخصص للآية الشريفة مشكل مع ان خروج القيميات عن عمومها موجب لتخصيص الاكثر مضافا

الى انضمام بعض المثليات اليها لو لم يكن المثل مماثلا للتالف في المالية فالذي ينبغي ان يقال

ان للمثل في نظر اهل العرف مراتب فتارة يريدون من المثل المماثل من جميع الجهات والخصوصيات وقد

يريدون المماثل في جهة خاصة وقد يريدون منه المماثل في بعض الجهات وذلك يختلف في المقامات

ففي مبحث الغرامات لو قالوا اعط للتالف عليك للخروج عن عهدة ما اتلفته اداء مثله فالمثل

عندهم بالنسبة الى المثليات من خصوصيات الموارد شيئا اليهم الجهة ملحوظة عندهم في بعض

الموارد بل يلاحظون في هذه الموارد جهة اخرى مماثلة للتالف فيها ولكن الجهة الملحوظة اولا

بالذات عند قولهم عليك مثل التالف انما هو المماثل من حيث الذات والخصوصيات مع

ملاحظة جهة المالية واما لو لم يوجد له مثل من هذه الجهة اصلا ولم يعلم له مثل كذلك

لعدم انضباط اوصافه وخصوصياته فالملحوظ عندهم هو المماثلة في جهة المالية مثلا

لو اتلف شخص منا من شعر كان لزيد يقولون رد عليه شعره ولا يقولون رد قيمته ولو

قالوا عليه رد قيمته ان امتنع المتلف عن ذلك وقال ما اردتني الا مثله في الشعر لا يذعنون

بل لو قال المالك ما اريد الا القيمة يلومونه ويقولون عليه خذ مالك ولا يلاحظون في

هذه الموارد امثال هذه الاغراض اعني اغراض نوعا او شخصا تتضمن حجية المالية اصلا ولما قيل

لو سقط المثل عن المالية في المثل كالثلج في الشتاء والماء على الشاطئ لم ينتقل الى القيمة ولكن

هذه الصورة لا تخلو عن تامل لان مبنى التضمينات والغرامات على الخسارة والتدارك فلا بد من ملاحظة

في جهة المماثلة بمعنى ان الملحوظ عندهم من جهة المماثلة قد يكون في بعض الموارد ح م

حجية المماثلة

حجية المالية فيها في الجملة وما ذكرنا من عدم ملحوظية حجية المالية في بعض الملحوظية من حيث

المماثلة لا عدم ملحوظيته اصلا والحاصل الزام العرف في هذه الموارد انما هو باداء المماثل من

حيث الذات والخصوصيات وما ثلة في الاقدام لا واما ما لم يكن افراده نوعا وصنفا متساوية

فبعد ملاحظة العرف عدم المساواة فيما بين الافراد يحكمون بان الخروج عن العهدة في هذه الموارد

انما يكون بدفع القيمة فالملحوظ في هذه الموارد هو المماثلة في جهة المالية دون الماهية والخصوصيات

مثلا لو اتلف بغلا او جملا او فرسا او بقرا فضلا عن غيره يقولون ادّ قيمته فلو امتنع المالك

عن اخذ القيمة وقال ما اعطنا ولا اريد الا مثل مالي من هذا النوع لذموه وبالجملة كل مورد كان

للتالف مثل بملاحظة ذاته وخصوصياته بحيث لا يكون بينهما امتياز الا باعتبار تعدد وجودهما

او بعض الخصوصيات الغير الملحوظة فيه لم يحكم من العرف خروجا عن عهدته وكل مورد ليس

كذلك فاداء القيمة عندهم هو المتعين اذ بها يطمئن نفس المالك والغارم دون غيرها فا

لملحوظ هي المماثلة في جهة المالية وبما ذكرنا ينطبق تعريف المشهور ولا ريب ان كلام العلماء

ناظر الى هذا المطلب غاية الامر ان في بعض العبائر قصورا عن التادية فهو الحقيقة الكل

منطبق على المدعى ولذا يأتون في بعض التعاريف بطرده وعكسه ولا يعدون كل تعريف

منها قولا مستقلا مغايرا للقول الاخر ولا يقول ان الاقوال فيها كذا وكذا اذا عرفت

ذلك علمت ان الاية الشريفة ايضا منطبق عليه وان المراد بالمثل قد يكون المماثلة في جهة

الماهية والخصوصيات كما في المثليات وقد يكون المماثلة في المالية كما في القيميات فلا يتوهم انه يلزم

على ما ذكرنا استعمال لفظ المثل في معنيين اذ المراد من المماثلة واحد وانما التعدد في جهتها

ولاجل ما ذكرنا ترى العلماء كالشيخ قدس سره في المبسوط يستدلون بها لاثبات ضمان المثل في

المثلي والقيمة في القيمي شكر الله سعيهم وجزاهم وعن اهل الايمان خير الجزاء فتحصل مما ذكرنا انه لا مانع من

بين العرف والاية وطريقة العلاء آره بقي هنا شيء وهو التنبيه على بعض المصاديق الجزئية التي
تستشكل في كونها مثليا او قيميا كالثوب والكتب المنطبعة والدرهم والدينار وغير ذلك اما
الثوب فما كان منها معمولا لاجل اللباس اعني مخيطا كالعباء والقميص والازار وما شابهها
مما يلبس بها او مما منغبطة واشكال خاصة في نوع على نحو ما قلنا فلا ريب في كونه قيميا واما ما ليس
منها كذلك بل له اوصاف منضبطة او افراد صنفه كلها متساوية التي هي من شغل شخص واحد
وانطباع كذلك الظاهر كونه مثليا كما هو الظاهر في الكتب المنطبعة وما ذكرناه معنا ما الى انه
يظهر من طريقة العرف ويشمله تعريفاتهم ويستفاد من الخبر الوارد في حكم الدرهم المسكوك الذا
سقطها السلطان ان الثابت على ذمته اقرض دراهم واسقطها السلطان وروج غيرها على الدراهم
الاول لانه لانفة بها وبعد ملاحظة الخبر وطريقة العرف وصدق تعريف المثلي على الدراهم لا وجه للترديد
في كونها مثليا ومنها قيمة بعض فيها كما في الحديد والنحاس والرصاص لا وجه لها واما المصنوع منها
اذا عمله الصانع منها فهو ايضا مثلي كما يدل عليه الخبر مع ان العرف ايضا حاكم به والثوب
والكتب ايضا لان المطن الظاهر هو العرف اعم انه لا اختلاف في كونه مثليا وعمل الصانع فيها ايضا غير
موجب لصيرورته متعلقا بعبكونه الاعمال فيها اعني ذات الدنانير مضبوطة معينة وانت بعد التامل فيما ذكرنا
والتدبر فيه حق التدبر تقدر على معرفة كثير من الموارد المشتبهة بعد تطبيقها الى العرف
وان بقي بعد ذلك شيء فلا بد فيه من الرجوع الى مقتضى الاصل المذكور والله هو العالم
بحقائق الامور ومما يتفرع على المسئلة السابقة انه ذكر في القواعد انه لو لم يوجد المثل
الا باكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد انتهى اقول كثرة الثمن اما لزيادة القيمة
السوقية للمثل بان صار قيمته اضعاف قيمة التالف يوم تلفه والظاهر انه لا اشكال في وجوب
الشراء ولا خلاف كما صرح به في الخلاف على ما حكي ووجهه عموم النص والفتوى لوجوب المثل في المثلي

كاجناس الرابعة بعضها مع بعض من صنفه

يتفرع

دونه

دونه بمعنى حكمهم بان تنزل قيمة المثل حين الدفع من يوم التلف لا يوجب الانتقال الى القيمة
بل ربما احتمل بعضهم لذلك سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية وتحرف ما فيه ولكن
هذا الحكم بحسب الظاهر ليس شمول كلام العلامة قدس سره لان الثمن في هذه الصورة ليس بازيد
من ثمن المثل بل هو ثمن المثل وانما زاد على ثمن التالف يوم التلف وبعد انتقال المثل الى ثمن
القيمة فان كان انما وقع في قيمة ما ملكه في ذمته ولا يتوهم ان الزام الضامن بدفع ما يزيد عن
قيمة التالف ضرر عليه لان اداء الحق الى مالكه ليس ضررا والمفروض ان المثل ملكه على عهدته
يجب رده باي ثمن كان قيمته واما لعدم وجدانه الا عند من يعطيه بازيد مما يرغب فيه الناس
مع وصف الاعواز بحيث يعد بذل ما اكثر مما يرغب بازائه ضررا عرفا والظاهر ان هذا هو المراد
بعبارة القواعد لانه مما يمكن ان يتردد فيه بل الجزم بوجوب دفع المثلية دون القيمة مشكل لان
الزامه على تعيين الكلي الذي في ذمته في ضمن هذا الشخص ضرر عليه واد لزوم الضرر بنفسه ولا
يتوهم انه مقتضى عموم تسلط الناس على اموالهم جواز الزام المالك اياه بدفع ما في ذمته من
حقه وعدم رضائه بغير فيها وانتقاله الى القيمة لكونه اداء الضرر عليه كما بين
في محله الان بقي ان منع المالك عن حقه اعني المثل ضرر عليه فيتعارض الضرران فيبقى
الاصل المحكوم سليما عن المعارض ويرجع اليه وهو ضمان منع المالك عن حقه المثل انه لكون
ضررا لو لم نقل بوجوب دفع القيمة بل قلنا بجواز تأخير الحق الى زمان تمكن من تحصيل بقيمته السوقية
اذ لا ضرر في ان تأخيره وبقائه على ذمته الموجب لحرمان المالك عن حقه بحيث لا يتمكن من الانتفاع به
ضرر عليه فيتعارض الضرران حج ويبقى دليل السلطنة سليما واما لو قلنا بوجوب دفع قيمة المثل
فلا ضرر لزوم هذا في المالك ويعتبر كونهما متساويين فلا ضرر هنا العرف في تبدل احدهما بالاخر
وانتفاء بعض الخصوصيات التي لا يكون في مقابلها ما لا حاجة اليه وكونه لذلك الى غير ذلك من خصوصيات الموجبة

لبدل المالك اليه وعدم رضائه بالقيمة لا يوجب صدق اسم الضرر عليه وح ليس في دفع القيمة الا تبدل
حقه من المثل الى القيمة من دون رضاه وهذا مناف لسلطنته ولكنه لا محذور فيه بعد حكومة دليل لا
ضرر عليها ان قلت تبدل حقه من دون رضاه تصرف في سلطانه ومنع عن تصرفه في ملكه
وهذا ضرر عليه قلت ان كان مطلق المنع عن التصرف كونه ضررا ممنوع اذ رب منع لا يعد عند العرف
ضررا كما اذا اراد المالك ان يتصرف في ملكه تصرفا لغوا كوضع شيء من ملكه من مكان الى مكان
اخر من دون ان يتعلق به غرض معتد به فمنعه غيره عنه لا يقولون انه ضرره نعم يمكن ان يلتزم
بان التبدل بالقيمة قد يكون ضررا كما اذا كان المثل من حيث هو ذو منفعة كثيرة وكان في تحصيله
كلفة زائدة وكان في نفسه مطلوبا مقصودا بحيث لا يلاحظون القيمة قبالا له وبالجملة الامر
يدور مدار صدق الضرر في كل مورد فقلنا بصدقه بالنسبة الى المالك فبمقتضاه يرجع
الى الاصل الاخر في دليل السلطنة وفي كل مورد لا يكون كذلك لا بد فيه من العمل على طبق
قاعدة نفي الضرر وكيف كان فللتردد في المسئلة كما في القواعد مجال واسع والعالم بحقيقة الحال
ومن الامور المتفرعة عليها ايضا انه لو تعذر المثل في المثلي فهل ينتقل المثل الى القيمة ان كان
في ذمة الضامن ام يبقى المثل لا القيمة حتى الاعواز بقيمة كما فرض البقاء وهل للمالك مطالبة
قيمته منها ام لا وعلى فرض عدمها لمطالبته هل للضامن الزامه بقبول القيمة ام لا ومعلوم انه لا
اشكال في جواز مطالبة المالك وكذا الزام الضامن بقبول القيمة لو قلنا بانتقال المثل الى القيمة
عند التعذر وصيرورتها حقا له فله مطالبتها وكذا للضامن الزامه بقبول القيمة لتحصيل
فراغ ذمته عن حقه داخله يوجد الاشكال لو قلنا ببقائه على العهدة في انه هل للمالك مطالبة
قيمته ما له عند تعذره اصلا ام لا وكذا في انه هل للضامن الزام المالك بقبول القيمة لتفريغ
ذمته ام لا وكيف كان فالمهم اولا ملاحظة مدرك الاقوال والبحث عنه حتى يتضح حقيقة الحال فنقول

ان اللازم

٤١

ان اللازم اولا ملاحظة حال العرف والادلة فان ساعدنا واحد من القولين فهو المتبع
لما عرفت من ان مقتضى اطلاقات الضمان ايكال الامر الى العرف والا فان وافق واحد منها
الاصل يتبع في المقام كاستصحاب بقاء وجوب المثل او غير ذلك والا فيعمل على ما يقتضيه القاعدة
وكيف كان فلا بد من ملاحظة حال العرف بان يلاحظ ان دفع القيمة عند تعذر المثل عندهم هل هو بعنوان
كونه قيمة المثل وبدلا عنه او لاجل كونه بدلا للتالف في المالية وبدلا عنه لان المثل تعذر اي اللازم اولا م
احرازه ثم رفع اليد عنه لا بقيمة عند التعذر في نظر العرف هل هو لحكمهم في بدو الامر بالخروج
عن العهدة في المثليات بدفع المثل ان امكن والا فبدفع القيمة بمعنى ان الملحوظ اولا
وبالذات هو ملاحظة المماثلة من حيث الذات والخصوصيات وعند تعذر المثل يصح الى نحو
يلاحظون المماثلة من حيث المالية فقط كما في القيميات وقد عرفت ان حكمهم بها فيها لاجل ذلك
وعلى هذا فيكون للشيء اثر او صلاحيتا للغاية الامر انهما على نحو الترتب فعند تعذر احدهما
يتعين الاخر لكون المراد من الخروج عن العهدة هو عدم انتقال المثل الاول اليه بل هو في عرض
المثل الاول في كونه بدلا للتالف او لاجل ان الخروج عن العهدة فيها يتحقق ببذل المماثل
من حيث الذات لا غير غاية الامر انه عند تعذر المثل لا يعتبر ان يخرج عن عهدة المثل
لا التالف فالقيمة عندهم قيمة المثل لا قيمة التالف ولا يخفى ان الاظهر كون دفع القيمة عند
العرف في حال التعذر هل هي لكونها مماثلا للتالف في جهة المالية واتها اقرب
كالاشياء اليه بعد تعذر المثل من حيث الذات والخصوصيات او لاجل بدليتها عن المثل
من غير ملاحظة الاصل مشكل ولكن الانصاف ان المتامل الصادق والمراجع الى الوجدان
الصادق عن كونه كذا لشبهة في فهم طريقتهم من ان نفس دفع القيمة لاجل تعذر المثل
لا من حيث انها للاصل بل اللازم في عرض المثل من حيث ملحوظيتها مع الاصل بل بنسبتها اليه

كثيرة الى الاصل وتقريب ذلك بان يقال ان الملحوظ عندهم في المثليات ليس الا المماثلة الذاتية

سواء تعذر حين الاداء ام لم يتعذر غاية الامر انه في صورة التعذر وعدم التمكن من اداء

حقها الواقعي اعني المثل لما كان التقييد باداء اصل الحق مستلزما للضرورة ومال المالك

هدرا فحكموا بلزوم دفع القيمة جبرانا لضرره فعلى هذا المثل ثابت في العهدة مطلقا فانه

يؤدي الا ان القيمة تسقط في صورة التعذر لانه ينقلب اليها في هذه الحال وهذا هو الموافق

لما عليه المشهور من بقائه على العهدة بخصوصه حين الاعواز وانه لا ينقلب اليها وهذا بخلاف

ما لو قلنا بكونها في عرضه من حيث المماثلة في المالية فانه ينقلب اليها ح ولا يخفى ان التعبير بالانقلاب

في هذا المقام مسامحة اذ المراد بالانقلاب الى القيمة انه يقال ان الثابت في الذمة بعد التلف

هو امر كلي يصدق على المثل في صورة التمكن وعلى القيمة في صورة التعذر وهو عنوان الاقربية

في نظر العقلاء (لان) نفس ذات المثل ينقلب الى القيمة وكذا مرادنا بعدم الانتقال هو بقاء المثل

في الذمة حين التعذر وذلك لاجل الالتزام بان الثابت على العهدة بعد التلف خصوص

المثل في المثلي دون الجامع واما التكلم في الاية بان يقال انا قد ذكرنا ان المراد بالمثل

في الاية بحسب الظاهر ما يماثل المتعدى به في الذات والخصوصيات ان تحقق والا فالملحوظ

هو المماثلة من حيث المالية فعليه الجامع بين المثل والقيمة بلحاظ الاقربية الى التالف فمعنى

الاية هو ترخيص الاعتداء بالمثل في المثلي والقيمة في القيمي وذلك يستلزم اشتغال ذمته

بالمثل في المثلي والقيمة في القيمي والا لما جاز الترخيص المذكور لكونه اعتداء بغير حق وهذا

ظاهر وح نقول انا ان بنينا على ان الملحوظ في المثليات كالحنطة والشعير مثلا ليس في نظر

العرف الا المماثلة من حيث الذات والخصوصيات سواء تعذر حين اداء المثل بعد التعذر

او تمكن منه نحو ما عرفته فيما سبق لها وليس لها مثل اخر في نظر العرف فلا يلاحظون المماثلة

المالية فيها اصلا فيكون مقتضى الاية على هذا اثبات اشتغال ذمة المعتدي بالمثل

في المثلي والقيمة في القيمي بعد اعتدائه فمقتضاه بقاء المثل على الذمة الى زمان ادائه

فدفع القيمة على هذا انما يكون بدلا عن المثل لا لاجل المماثلة للتالف في المالية اذ

المفروض عدم ملحوظية هذه المماثلة في المثليات وان بنينا على ان مقتضى

التحقيق في المثليات ملحوظيتها في نظرهم على نحو الترتيب بمعنى ان نظرهم في ذلك على

الاقربية الى الواقع فيكون الملحوظ اولا في كل شيء هو المماثلة الذاتية وبعد تعذرها المماثلة

في المالية فعلى هذا يتعدد المثل بالنسبة الى شيء واحد فمثله في صورة التمكن شيء وهو المماثل

المثل وفي صورة التعذر شيء اخر وهو القيمة فيمكن ان يقال انها تدل على اشتغال الذمة

بالمثل وهو يختلف بالنسبة الى الحالتين ففي حالة التعذر تشتغل الذمة بالقيمة لانها

مثل التالف ح ولكنه يشكل بدعوى انصراف اشتغال الذمة بما هو مثل في حال الاعتداء

ولا يدل على جواز الاعتداء بكل مثل ولو لم يكن مثلا له في حال الاعتداء بيان ذلك

انه لو قال اعتد زيدا مثل ثوب امثاله او جاءك مجاز في اليوم الذي امره بذلك يستحق منه

ثوب امثاله في ذلك اليوم فلو اخر الامتثال الى سنة مثلا وصار زيد غنيا بحيث صار

ثوب امثاله في هذه السنة مضاعفا بحسب القيمة من ثوب امثاله في السنة السابقة فلا

شبهة انه لو اعطاه ما هو مثل ثوب امثاله في السنة لا طاعة ولا يدعي المماثلة

حين الاعطاء وكذا فيما نحن فيه فلو قيل من اتلف مال الغير فعليه مثله يتبين فيه المماثلة

الى المماثلة حين الاتلاف لا ما يصير مماثلا في غير هذه الحال ويتفكك فلا يدل الاية

على اثبات القيمة في الذمة في صورة التعذر نعم يمكن اثباته بعد تقريب ان المتعذر

مقارنا للاعتداء بحيث يكون القيمة مثلا في ذلك الزمان فتامل فتلخص من جميع ما ذكرنا ان مقتضى

العرف والابنا شرعية على ما استظهرناه بناء المثل على الذمة في حالة التعذر وان القيمة يسقط
لدعى الذمة وبدل عنه وقد عرفت ان هذا موافق لما عليه المشهور فان تم شيئا مما
استظهرناه يصلح ذلك للقول بجريانها لما عرفت من ان مقتضى اطلاقات الضمان وعدم
البيان ايكال الامر الى العرف بل قد عرفت كفاية عدم الوصول في الحكم بالايكال ثم
لو بنينا على عدم تماميته فهل يبنى على هذا القول استصحاب بقاء المثل على الذمة
كما تمسك به بعض ام لا الظاهر العدم للشك في ان الموضوع الثابت في الذمة هل هو
خصوص المثل فيبقى بعد التعذر او الجامع بينه وبين القيمة فيكون ثبوت المثل في زمان
التمكن لاجل كونه مصداقا لذلك الجامع وبعد التعذر يتحقق ذلك في ضمن القيمة وعلى هذا
فلا يجري الاستصحاب لعدم احراز الموضوع اذا عرفت ما ذكرنا فلنرجع الى حكم المسئلة
فنقول قال شيخنا قدس سره في مكاسبه لو تعذر المثل في المثلي فمقتضى القاعدة وجوب دفع
القيمة مع مطالبة المالك لان منع المالك ظلم والزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر فوجب
القيمة جمعا بين الحقين مضافا الى قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فان الضامن
اذا الزم بالقيمة لم يعتد عليه ازيد مما اعتدى انتهى هذا في صورة مطالبة المالك وذكره
مشكل على سبيل الاطلاق حتى في صورة التعذر مع ادائه عاجلا والتمكن من ادائه فيما بعد مع
ان الاطلاق يشمله بناء على ما بنينا عليه من بقاء المثل في الذمة لان حق المالك تعلق بعين
المثل وليس منع المالك عنه ظلما وضررا عليه من قبل الضامن حتى ينفيه دليل الضرر بل هو
مستند الى تعذر سماوي ودفع سلطنة المالك عن القيمة وضرر فقد ضرر بدلا عن المثل فلذلك
يحتاج الى دليل ولا يكفي دليلا عليه حكومة ادلة نفي الضرر لانها انما يكون كذلك لو استند
الضرر الى حكومة الشرع وليس المقام كذلك بل هو لاجل امتناع التصرف وايجاده في

الخارج وهذا نظير

الخارج وهذا نظير ما لو كان لشخص متاع في مكان يمتنع تصرفه فيه بل هو بعينه كما لو ثبت
حقنا على المثل في ذمة الضامن وهو متعذر من تسليمه وتسليطه عليه ولكن الاشكال
لا يجري في صورة تم يترقب حصوله فيما بعد بل هو مختص بصورة التمكن عن ادائه فيما بعد
ذلك الزمان ولو بعد سنة او ازيد ووجهه انه يصدق على الضامن في الصورة الاولى
التي يعلم بعدم تحقق التمكن عن اداء المثل عادة انه اكل مال الغير بالباطل اذ يصدق
عليه انه اكل المثل كما انه يصدق عليه انه اكل الاصل فيجب الخروج عن عهدته ولمن
فيها لا يدفع القيمة كانه في الاصل يدفع المثل اذ المثل بعد تعذره لا يلاحظ الا من جهة
المالية واما في صورة التاخر فلا يصدق عليه الا انه تاخر اداء حقه لعذر ومعلوم
ان المفروض عدم امكان الاداء قبل ذلك الزمان وانه لا ينتقل الى القيمة فالزام
الضامن بالقيمة ليس جمعا بين الحقين بل هو ظلم على الضامن من غير استحقاق المالك
لما عرفت مرارا من ان حقه تعلق على خصوص المثل فلا استحقاق بالنسبة الى القيمة
واما استحقاقه بالنسبة اليها في الصورة الاولى فلما عرفت من صدق اكل المثل
بالباطل بخلافه هاهنا ويمكن ان يقال في دفع الاشكال باختلاف مراتب الاداء في نظر
اهل العرف بمعنى ان نفس المثل وان كان باقيا على عهدته في صورة التعذر الا ان
ادائه في هذه الصورة عندهم مغاير لادائه في صورة التمكن لان ادائه في صورة
التمكن عبارة عن دفع نفس المثل بخصوصياته ولكنه في صورة التعذر ليس
الا اداء ماليته وبعبارة اخرى انهم في حال التمكن يحكمون بان ادائه عبارة عن
دفع المال مع ملاحظة الخصوصيات ومعلوم ان المحفوظ من جهة المالية في الخصوصيات
عندهم هو الدرهم والدينار مثلا اعني القيمة فادائه في صورة التعذر دفع قيمته فلا

المتقوم بهذه الخصوصيات اليه
ولعل التعذر من تلك الخصوصيات
لا يكون الاداء عندهم الا دفع
المال

ينافي وجوب دفع القيمة مع بقاء المثل في العهدة كما في القرض اذ لا شبهة في ان الثابت
في القرض على الذمة ليس الا خصوص المثل فيجب عليه دفع المثل بخصوصه في صورة
التمكن واما في صورة التعذر فلا يجب الا دفع القيمة وليس دفع القيمة عند العرف مسقطا
لما يثبت في الذمة او لاجل انقلاب ما في ذمته عندهم بل يكونها اداء له في هذه الحالة كما لا يخفى
فلا يتوهم انه يلزم على ما ذكرنا جواز مطالبة المالك القيمة في صورة التمكن بالقاء الخصوصية
ورفع اليد عنه فليس للضامن الامتناع عنها لكونها حينئذ بعد القاء الخصوصية لانا قد
ذكرنا ان دفع القيمة في صورة التمكن ليس اداء للمثل عند العرف وانما هو اداء في صورة التعذر
وليس الواجب على الضامن الا اداء حقه وذلك نظير امتثال الاوامر اذ قد يكون الامتثال
في صورة التعذر على نحو لا يكون ذلك امتثالا في صورة التمكن فعلى هذا لا يجوز للمالك
مطالبة دفع القيمة عند الاعواز الا لاختصار لا لكونه حقه بها وليس له الامتناع
عنه بعد فرض كونه اداء لحقه ويستقيم التمسك عليه بادلة نفي الضرر لان تاخيره عن
المطالبة ضرر على المالك والمفروض انه اهمل حقه فينبغي له القاء حقه في الفرد ومقتضى كونه
الاداء جواز الزام الضامن بتبدله القيمة وتحصيل فراغ ذمته عن حقه ثم لا يذهب
عليك انا قد استظهرنا من الاية بل نظير النبوي انها لا تدل الا على الترخيص في الاعتداء
بخصوص المثل فيما له مثل ويستلزم ذلك اشتغال ذمة المعتدى به خاصة وكذا
الترخيص في الاعتداء بالقيمة في القيمي لكونها اقرب الى التالف من غيرها لمماثلتها
له في المالية كما ان المثل في المثلي اقرب اليه من حيث الذات ولا اطلاق لها بالنسبة الى
ما بعد زمان اثبات المثل والقيمة فعلى هذا يشكل التمسك بها لاثبات جواز مطالبة
المالك كما لا يخفى فتحصل مما ذكرنا انه بعد بقاء المثل على الذمة بعد الاعواز وان وجب دفع القيمة

اداؤه عند

اداؤه عند التعذر وبدل عنه في هذا الحال ان العبرة بقيمة المثل حين الدفع اذ لا
يعقل ان يكون اداء قيمة شيء آخر اداء لمالية المثل فظهر بذلك ضعف غيره من الا
حتمالات المذكورة في المسألة وحاصل جميعها انه اما ان نقول باستقرار المثل في
الذمة الى زمان الفراغ منه بدفع القيمة وهو الذي اخترناه تبعا للاكثر على ما حكي عنهم
من اعتبار القيمة يوم الاقباض واما ان نقول بصيرورته قيميا عند الاعواز فاذا
صار كذلك فاما ان نقول ان المثل المستقر في الذمة قيمي فيكون القيمية صفة
للمثل بمعنى انه لو تلف وجب قيمته والتلف عبارة عن اعوازه وعدم التمكن من تسليط
المالك على حقه الذي هو عبارة عن عين ماله وما يماثله في الخصوصيات فوجود المثل
ح بمنزلة بقاء العين في القيمي والحاصل ان كل فرد من افراد المثلي مثلي بمعنى انه لو تلف
هذا الفرد وجب مثله ووجوب المثل عبارة عن انتقال الحق الى خصوص الفرد التالف
الى الكلي بالقاء الخصوصية فوجب ايجاده في ضمن فرد من الافراد اداء للحق وهذا الكلي
قيمي بمعنى انه بعد صيرورته ملكا للمالك في ذمة الضامن لو تلف هذا الكلي وقد عرفت ان
تلفه عبارة عن اعوازه وعدم قابليته لتسليط المالك يجب قيمته اذ لا مثل له
وصيرورة الكلي قيميا ليس لاجل التعذر بل هو كذلك دائما غاية الامر انه في صورة التمكن
لا يصدق التلف فيكون بمنزلة وجود العين في القيمي فافهم واما ان نقول ان التالف
انقلب قيميا او نقول ان الجامع بين العين والمثل قيمي بمعنى ان الذمة اشتغلت برده
بعد غصب العين وان كان تحقق برد العين او برد المثل مثلا لو غصب منا حنطة في ضمن
كلي في ضمن هذا الفرد وفي ضمن امثاله من الافراد واشتغلت ذمته به فيجب رد ذلك الجامع تحقق
اعني مطلق الحنطة الذي لا يشمل الا شرطا منها وما هو بشرط لا بحيث لا ينافي الالتزام المزبور

رد العين ما دام باقيا وذلك ما لم يتمكن من الرد ولكن يجب الرد للفرد الذي هو
مصداق له فان تعذر لتلفه يجب رده بايجاده في ضمن فرد اخر ويعني هذا انه لو تلف
لوجب عليه الخروج عن عهدته وقد عرفت مرارا ان تلف عين قابلية التحقق في ضمن
الافراد في الخارج بجعل الاعواز وخروجه عن العهدة انما يتحقق بتبدل القيمة اذ لا مثل
للكلي الخارج وما وجد منها فهو مصداقه لا مثله وملخص ما ذكرنا انا اذن نقول بان
المثل قيمي او التالف قيمي عند التعذر او الجامع وعلى كل تقدير اما ان نقول بان
العبرة في القيمي بقيمة يوم الغصب او قيمة يوم التلف او اعلى القيم ففيه تسعة
احتمالات كلها على القول بصيرورته قيميا فاذا انضم اليها ما اخترناه سابقا من
بقاء المثل على الذمة يصير الاحتمالات عشرة كاملة ولكنه يتطرق احتمال اخر
وهو اعتبار اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم دفع المثل ولكنه لا يخفى ان يحقق بقاء
مع تحققه في القيمة المعتبرة لا مرجع اعتبار قيمة يوم التلف تلف العين واعتبارها
في يوم غصب المثل الذي هو عبارة عن مجيئه في الذمة الى امر واحد وهو الاعتبار
بقيمة يوم الضمان بالمثل الا ان يقال ان اعواز المثل في المثلي بمنزلة تلف العين
في القيمي لان المناط قيمة يوم الانتقال الى القيمة وهو يوم اعواز المثل فيجد
هذا الضمان كون القيمة وصفا للمثل وكون الاعتبارين وكذا لو قلنا بان الاعتبار بقيمة
يوم الغصب لا يتفاوت الحال في اعتبار قيمة يوم الغصب سواء قلنا بصيرورة التالف
قيميا او بان الجامع قيمي لا يتجاوز زمان الغصب فيهما وكذا الاختلاف لا ما لو قلنا
بان المعتبر يوم التلف سواء قلنا بان المثل قيمي او الجامع قيمي لان تلف كل منهما عبارة
عن اعواز المثل بل المتحد اعتبار قيمة يوم الاعواز لو قلنا بصيرورة التالف قيميا

لما عرفت

لما عرفت وجود المثل في المثلي بمنزلة بقاء العين في القيمي فيقع هنا سبعة في الاحتمالات
الثلثة في الاعتبار بقيمة يوم الاعواز فيرجع الاحتمالات السبعة المذكورة الى ستة
احدها الاعتبار بقيمة يوم غصب العين ثانيها الاعتبار باعلى القيم من يوم الغصب
الى يوم تلف العين ثالثها الاعتبار بقيمة زمان الضمان بالمثل رابعها الاعتبار با
على القيم من حين ضمان المثل الى يوم اعوازه خامسها الاعتبار بقيمة يوم الاعواز
سادسها الاعتبار باعلى القيم من يوم الغصب الى يوم اعواز المثل والاصل ما ذكرنا
لم يذكر شيخنا قدس سره في مكاسبه على فرض صيرورته قيميا الا هذه الاحتمالات
الستة ويمكن ان يناقش فيه ايضا بارجاع الاحتمال الثاني اعني الاعتبار باعلى
القيم من يوم الغصب الى يوم التلف الى الاحتمال السادس اعني الاعتبار باعلى
القيم من يوم الغصب الى يوم الاعواز لما ذكره قدس سره فيما بعد من انه لو قلنا بزمانه
القيمي باعلى القيم من زمان الغصب الى زمان الاعواز فيرجع الاحتمالات الى خمسة
ولكن لا يخفى ان بعض هذه الاحتمالات ضعيف في الغاية فلا يجوز الركون
اليه واخذه مدركا للحكم مثل اعتبار اعلى القيم من زمان الضمان الى زمان الاداء
لان مدرك هذا الاحتمال هو الالتزام بضمان ارتفاع القيمة من زمان اشتغال
الذمة بالمثل لان الضامن في كل آن على هذا القول يجب عليه الخروج عن عهدة
ما لية المثل فيشتغل ذمته بها ورد المثل مسقط لما في الذمة وهذا المدرك بعينه
موجود حين بقاء العين لان من قال باعلى القيم في القيمي لا بد من ان يقول
ان اثبات اليد على ملك الغير موجب لاشتغال ذمته بقيمته في كل آن ما دام
العين باقيا ويكون الاعلى والادون مثل اخلاله فهو ان المتحصل اعلى القيم على زيادة

القيمة السابقة ونفس القيمة الاحقة ورد العين فقط مسقط لما في الذمة ومن حال
هذه المقالة لا ينافي كمال العقد بين ان يكون الملك قيميا او مثليا غاية الامر
القيمة الثابتة في الذمة يسقط في المثلي اما برد العين او المثل والتفرقة بين المثلي
والقيمي بان القيمي لما كان ماليته ملحوظة في نظر العرف فيهما بخلاف المثلي اذ ليس
الملحوظ فيه الا اوصافه الثابتة فلا يتضمن القيمة فيه واما نفس المثل ففيه يكون
كليا كما عرفت لا ينبغي ان يكون اليها اذ المثل والقيمي حين وجود العين كلاهما في عرض
غاية الامر انهم بعد تلف القيمي بلاحظون ماليته لاجل التعذر عن اداء المثل فيه
والقائل باعتبار اعلى القيم يقول بانه لابد ان يكون اعليها لتفويته على المالك
وهذا ان يكون في القيمي عند وجود العين اعتبارا زائدا في نظرهم نعم وجود المثل
في المثلي بمنزلة بقاء العين في القيمي فلابد ان يكون الملحوظ هنا اعواز المثل على
من القيم حين عصب العين الى زمان اعواز المثل على هذا القول لتفويته اياها
على المالك وكيف كان فلا ينبغي التامل في ان الانسب بناء على القول بالانقلاب
والاعتبار باعلى القيم لا اعتبار باعليها من الغصب الى يوم الاعواز وان امكن
بين بقاء العين وتلفها باعتبارها بعد التلف في غاية الضعف كاحتمال الاعتبار
اعليها من يوم التلف الى زمان الدفع بناء على بقاء المثل في الذمة حين التعذر وكذا من يوم
التعذر الى يوم الدفع او يوم المطالبة وغير ذلك من الاحتمالات ولاجل ذلك لم يذكرها شيخنا
قده عند ذكر الاحتمالات ولم نذكرها تبعا له

ومن الامور

ومن الامور المتفرعة انه لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا يجب قيمته فقد حكى الاتفاق
على كونه مضمونا بالقيمة وقد عرفت انه مما ينطبق به حكم العرف ومقتضى اطلاق ادلة
الضمان وكون الامر اليهم فالمرجع هو العرف ويدل عليه ايه الاعتداء الضابط للتقريب
المتقدم فهذا هو الحكم مع النص عن الاجماع وقد تبين فيما تقدم ان حكم العرف بلزوم
دفع القيمة انما يكون في كل مورد كان للتالف اوصاف باطنية خفية لا يعرف قيمتها مثل
البغل والعبد وغير ذلك من القيميات واختلاف الاوصاف هو السر في الحكم باعتبار
المالية فيها في الخروج عن عهدتها دون المماثلة الذاتية اذ هي غير مبينة فلا يتوهم
ان في البغل والعبد وهكذا نظائرها كثيرا ما يوجد الامثال اذ ربما يوجد في مائة
بغال مثلا اربعة عشرة متساوية من حيث القيمة فلا فالالتزام او الادفع ببطلان
المماثل للتالف من حيث خصوصياته الذاتية غير مبينة ومعلوميتها انما يكون
باعتبار ماليتها لاعتبار خصوصياتها الشخصية فالمعتبر فيها هو الخروج عن عهدة
ماليتها واما المماثلة الصورية الظاهرية فلا يكفي في الخروج عن العهدة لعلم لانه
من الغرر لكثرة اختلاف الاوصاف الخفية الغير المعلومة فالامر المنضبط فيها
المماثلة في المالية فيها ولو فرض كون دفع البغل المماثل للتالف صورة وقيمة خروجا
عن عهدة هذا التالف عند العرف فذلك ايضا انما يكون لاجل كونه خروجا عن عهدة
ماليته دون خصوصيته لعدم كون الخصوصية في مثله ملحوظة لما عرفت من عدم انضباطها
حتى تكون مناط الحكم فافهم لا اشكال فيه نعم قد يشكل في بعض المصاديق بعدم تمييز
الصفات ومعرفة كونه مثليا او قيميا مثل مسئلة الكرباس والكتب المنطبعة
ومسئلة العبد اذا كان في الذمة وغير ذلك من المصاديق حيث انهما في نظر العرف

من حيث الذات والمالية لان الذات

ويدل عليه ايه الاعتداء ايضا بالتقريب المتقدم فهذا الحكم مع النص عن الاجماع مما

المثليات لما عرفت من ان الملاك عندهم فيها ظهور الحال وعدم اشتمالها على الاوصاف المختلفة والمفروض
انها كذلك مع ان الظاهر من المشهور خلافه ولكنك قد عرفت فيما سبق ان الاقوى في الاولى
وكذا نظائرها كونه مثليا بل لا يبعد خروج هذه الامثلة عن مورد كلام المشهور حيث ذكروا ان
الثوب مثلي اذ لا يبعد دعوى انصراف الثوب الى المخاط منها وما يصلح لكونه ملبوسا فعلا لا مثل
الكرباس ونحوه من موضوعات المصنوعات الاخر التي يماثل بعض منها بعض الاخر وقد استظهر
كونها مثليا منافا الى دعوى عدة ادرج عليه مما دل على كون الدرهم والدينار مثليا ووجوب رد
مثل ما كان من الدين بعد ما اسقطها السلطان واما مسئلة العبد فلتسليم بالتماثل هو الاقوى
في هذه الصورة اعني فيما لو كان في ذمة الضامن عبد متصف بصفات التالف فما اوردوه
الزاما على القائل بكون المرجع هو العرف نلتزم به ومخالفة المشهور بعد تسليمها لا محذور
فيها بعد مساعدة الادلة عليها مع امكان دعوى عدم ارادتهم هذه الصورة لكونه فردا نادرا
مع انا لا نقول بكونه مثليا ايضا ولو في هذه الصورة بل نقول ان العبد مطلقا قيمي وان
المناط في حكم العرف بوجوب دفع المثل في المثلي والقيمة كون المثل في المثلي وكذا القيمة في القيمي
اقرب الى التالف ولا شبهة ان لا شيء اقرب الى التالف مما هو في ذمة المالك بعد انطباقه او
منافيه عليه لا لاجل مماثلته للتالف حتى يقال انه مثلي في هذه الصورة بل لاجل كونه مصداقا
لما في ذمته لانه لو كان موجودا كان للمالك تعيينه بما في ذمته في ضمن ضمنه والزامه القابض
بقبوله لكونه حقا له والتلاف الضامن اياه استيفاء لحقه الذي كان ثابتا في ذمة المالك و
هذا بعد معلومية المناط لا ينافي القول بكون العبد قيميا وكذا غيره من القيميات و
ذلك نظير رد العين المقترضة لا بعنوان كونه فردا مما يقترض بل بعنوان كونه اداء عما في ذمة المقترض
وجواز الزام الدائن بقبولها اذا قلنا بان القرض تمليك العين بازاء ما يماثله بالثبوت في ذمة

المثل في ذمة المقترض اذ من البين جواز رد العين المقترضة والزام الدائن بقبولها لا
لاجل جواز فسخه وان رد العين فسخ العقد القرض بل يجوز رده بعنوان اشتغاله به
وخروج عن عهدة ما استقر في ذمته والسر في ذلك ان القرض على هذا القول ولكن
بمفهومه اللفظي عبارة عن التمليك بعوض ما يستقر في ذمة المقترض من خصوص المثل الا
ان خصوصية المثل ملغاة في نظر المتعاقدين في ذلك العقد والتغاير المتحقق بين المثل والعين
غير مقصودة لهم ولا ملحوظة نوعا بل المقصود من ذلك العقد هو تمليك المقترض العين على ان
يخرج عن عهدتها ولا يبقى مكانها خاليا وشغل مكانه كما يحصل بدفع المثل كذلك يحصل
برد الاصل فالملاك كل الملاك هو شغل المكان وعدم بقائه خاليا وكون التمليك عنه
مجانا وهنا يتحقق برد العين ولذا لا يلتزم القائل بعد القول بجواز الالزام بخصوص المثل
وعدم قبول العين مع ان مقتضى ظاهره كذلك وبعبارة اخرى ان اعتبار خصوص المثل في
القرض لا قرب شبهه الى العين المقترضة واذا كان الامر كذلك وكان المقترض الزامه بقبول
المثل تحصيلا لفراغ ذمته بلا شبهة اذ جواز الزامه بقبول نفسها اولى تحصيلا لكونه
الاقرب بل الى نفسها هذا اذا قلنا بان مفهوم القرض هو ما ذكرناه واما اذا قلنا بان
القرض عبارة عن تمليك العين على نحو يخرج المقترض عن عهدتها ولا يبقى مكانها
خاليا فلا يكون نظيرا لما نحن فيه لان رد العين حينئذ تحقيق نفس المفهوم بخلاف
الاول لانه بناء عليه من مصاديق المناط والمقصود لا المفهوم كما عرفت ثم انه قد
يستدل على ضمان القيمي بالقيمة مضافا الى الاجماع والاية باطلاق روايات منها ما دل على انه
انا لما اعتقه بشرط القيمة في ذمته وعسى به ذلك فلولا ضمان التالف بالقيمة
لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف ولكنه لا يبعد في تمامية الاستدلال فان
يقال

ان الغالب في الدين كونه من جنس النقدين وفي الرهن كونه من القيميات مثل الازار والثوب والآلات
غير ذلك فان الرواية واردة في تلك الموارد والموارد التي تكون الرهن والدين من جنس
واحد والا ففي كل مورد لا يكون الدين مما ذكر سقوطه عن الذمة قهرا بالتلف مشكل بل الاظهر
احد الملكين بدل بد من حمل الرواية على معنى مناسب ولا ينفع للاستدلال كما لا يخفى الكلام
في ان العبرة بقيمة يوم التلف او يوم الغصب او اعلى القيم فنقول مستعينا بالله ان مقتضى
القاعدة حسب اطلاقات الضمان مع قطع النظر عن الادلة الخاصة الواردة في بعض المقامات
مثل رواية البغل هو الاعتبار بقيمة يوم التلف كما ذهب اليه الاكثر على ما حكى اذ الضمان
حسب متفاهم العرف عبارة عن تدارك الشيء والخروج عن عهدته لو تلف ومعنى الخروج عن عهدته
لو تلف تصيره كان لم يتلف وذلك يتحقق بشغل مكان التالف بوضع المثل في مكانه لو كان
مثليا والقيمة ان كان قيميا والقيمة التي تشغل المكان التالف لا يكون الا القيمة الثابتة له
حين التلف اذ لو كان قيمته يوم التلف مساوية لعشرة دراهم وكان في يوم الغصب
مساوية لخمسة لا يتحقق شغل المكان بدفع الخمسة لعدم صيرورته كان لم يتلف ضرورة اعتبار
التسوية في الصدق اذ لو كان العين موجودة لكانت مساوية للعشرة فلا يصدق الفرض حين
انتفاء المساواة ونقصان المدفوع عن قيمته يوم التلف واما لو كانت قيمتها زائدة قبل يوم
التلف عنها في يوم التلف كان كانت قبل يوم التلف عشرة وفيه خمسة فلا ريب في صدق تنفيذ الفرض
اعني صيرورته بمنزلة لا تلف بدفع الخمسة اذ لو فرضنا وجوده لا يزيد عليها قيمته ان قلت انا ذهاب
قيمتها ايضا مضمونة كنفس العين لانه اتلفها عليه واخرجها عن تحت سلطنته فلا بد من الخروج عنها
حال الانتفاع بما انقص هو اعلى القيم من حين الغصب الى زمان التلف قلت ارتفاع القيمة
السوقية نقصانا كما ليس جزءا للعين ولا وصفا مناسلا للعين التلف بل هو امر اعتباري منتزع عنها

يختلف باختلاف الاوقات والامكنة فالتالف لمثل الانتقال العين يجب الخروج عن عهدته فقط
دون ارتفاع قيمتها ولذا لو كان العين باقيا لا يجب عليه الا اداء العين وان نقص قيمته السوقية
وكذا لو كان مثليا لا يجب الا دفع المثل بعد التلف سواء ساوى قيمته التالف ام زاد او نقص
كما تبين سابقا ان قلت مقتضى ذلك وجوب رد المثل في المثلي دون القيمة لو اخرجها المثل عن المالية
كالماء على الشاطئ والثلج في الشتاء مع انه خلاف ما ذكرته سابقا من الانتقال الى القيمة قلت
قيمة العين وان كانت امرا اعتباريا الا انها مقوم لماليتها وبها يتمايز الاموال قلة وكثرة
فيخرجها عن صلاحية الانتفاع بهذا الوصف الاعتباري الانتزاعي بخروج العين عن كونه مالا له
فالغاصب اخرج المال عن ماليته فصار المالك بلا مال فكانه اتلفها عليه فكان بمنزلة التلف
العين فيجب عليه الخروج عن عهدته وهذا بخلاف ما نحن فيه لعدم خروج العين عن المالية في المقام نعم
قد يتمسك لاثبات اعلى القيم بادلة نفي الضرر وتقريب الاستدلال ان القيمة وان كانت امرا
اعتباريا ولكنها مقوم للمالية كما ذكر فينقصها ينتقص العين من حيث المالية وهو ضرر على
المالك فقضاء ولا الغاصب اعني اخراجه عن تحت سلطنته وحبسه عن التصرف فيه حيوان فتنع
القيمة فلا بد من الخروج عن عهدته بمقتضى اطلاق نفي الضرر ولا يخفى ان الاستدلال بها مبني
على القول بدلالتها على نفي الضرر في الشريعة مطلقا كما هو المشهور فرق بين الاحكام الجعلية والتقريرية
بمعنى انها تدل على نفي الضرر في الشريعة من حيث الاحكام نفيا او اثباتا كما هو الظاهر منها واما
على المقول بعدم دلالتها الا على نفي الضرر في الاحكام المجعولة من قبل الشارع فلا يصح الاستدلال
بها لان عدم الحكم بالضمان ليس من الاحكام الجعلية ولا احتياج في الحكم بالعدم الى جعل حكم
اذ عدم الجعل يكفي في الحكم بالعدم اللهم الا ان يقال كما ذهب اليه شيخ قدس سره على فرض تسليم
بالجعليات ان نفي الضرر في الاحكام الجعلية مغني عنه في غير المجعولات اذ كل حكم ضرري غير مجعول

يستلزم حكما تكليفيا ضرريا فما نحن فيه اذ لو لم يحكم في هذا المورد بالضمان لكان اضاعا لمال المالك
عن قيمة يوم التلف حراما ولا شبهة ان حكم الشارع بالجبر في هذا المورد حكم ضرري بنفسه الا ان
غير احتياج الى تتميمها اذ بعد نفي الحرمة يثبت الجواز المستلزم للاشتغال ذمة الضامن كالاول
ولكنه لا يخلو عن نظر اذ ليس الضرر الثابت في المقام مستندا الى الحكم بالحرمة حتى يكون الحكم
بها حكما ضرريا بل هو مستند الى عدم الضمان ومسبب عنه كما ان الحرمة ايضا كذلك لضرر انما نشأ
من البناء على عدم الضمان وتقرير الشارع اياه وتستتبعه الحرمة وقلنا ايضا في الاستدلال معارضة بنفي الضرر
ضرر على الضامن ضرورة كون الحكم بلزوم دفع القيمة الزائدة ضررا على الضامن كما ان عدم ضمان الزائد
ضرر على المالك ولا اولوية لادخال احد الفريقين تحت العام دون الاخر ضرورة تواطؤهما صدقا
عليهما وتقدم احدهما في الوجود غير موجب للتشكيك في الصدق كالاخر وبعد التعارض يسقط
الدليل بالنسبة اليهما عن الاعتبار لعدم الامكان العمل به فيهما وعدم الترجيح في العمل باحدهما
بعد تساوي الصدق وتوهم كون الضمان متقدما على الضرر بنفسه فلا يكون منفيا اذ ليس
منشأه حكم الشارع بل الضمان بنفسه اقدم على نفسه مدفوع بانه لا يعرف الضمان لم يقدم الا على
اهل المال وليس الضمان الا لاجل حكم الشارع بوجوب التدارك وكيف اما لا يعرف الضمان هذا
الحكم ايضا ولا يلتفت اليه حتى يقدم عليه كما في البيوع المأخوذة الفاسدة بالنسبة الى اغلب
العوام خصوصا في مثال المقام اعني كلما يثبت فيه الحكم بالضمان حيث ان الحكم بضمان الاعلى غير معلوم
بل هو اول الكلام كالدفاع توهم عدم صدق الضرر بالنسبة الى الضامن لانه دفع حق الغير وجوبه عليها
لا يعد ضررا ووجه الاندفاع ما عرفته من ان ثبوت الحق عين المتنازع فيه نعم بعد اثباته لا يصدق
الضرر عرفا ان قلت لو قلنا بشمول القاعدة لنفي ضرر الضامن يلزم التخصيص بالنسبة ضمانا
الى المالك عن قيمة يوم التلف مشكوك مدفوع بالاصل ولكن يمكن ان يقال ان المستفاد من ادلة الضمان

نحو الخروج عن عهدة التالف فيكون متعلق التكليف هو هذا المفهوم المبتني المردد مصداقه
بين الاقل والاكثر وان الامر بدفع القيمة في بعض القيميات كما ورد في بعض الاخبار الخاصة
انما هو لاجل انطباقه على ذلك المفهوم لا لاجل كونه بخصوصه مأمورا به بل المأمور به في الحقيقة
هو ذلك المفهوم اعني الخروج عن عهدة التالف ويكون القيمة المأمور بدفعها في هذه الموارد
من مصاديقه وعلى هذا فليس للشكوك مجرى للبراءة بل هو مورد جريان قاعدة الاشتغال كما ثبت
في محله ويستدل على اثبات الاعتبار بيوم الغصب بصحيحة ابي ولاد ولا بد اولا من نقل الصحيحة
ثم التكلم في دلالتها على المطلوب فنقول مستعينا بالله روى الشيخ ره في الصحيح عن ابي ولاد قال
اكتريت بغلا الى قصر ابن هبيرة ذاهبا وجائيا بكذا وكذا وخرجت في طلب غريم لي فلما صرت قرب قنطرة
الكوفة خبرت ان صاحبي توجه الى النيل فتوجهت الى نحو النيل فلما اتيت النيل خبرت انه توجه
الى بغداد فاتبعته وظفرت به وفرغت مما بيني وبينه ورجعت الى الكوفة وكان ذهابي
ومجيئي خمسة عشر يوما فاخبرت صاحب البغل بعذري واردت ان اتحلل منه فيما صنعت وارضيه
فبذلت له خمسة عشر درهما فابى ان يقبل فتراضينا بابي حنيفة واخبرته بالقصة واخبره الرجل
فقال لي ما صنعت بالبغل قلت رجعته سليما قال نعم بعد خمسة عشر يوما قال فما تريد من
الرجل قال اريد كرائي فقد حبسه علي خمسة عشر يوما فقال اني ما ارى لك حقا لانه اكتراه
الى قصر ابن هبيرة فخالف فركبه الى النيل والى بغداد فضمن قيمة البغل وسقط الكراء فلما رد
البغل سليما وقبضته لم يلزمه الكراء قال فخرجنا من عنده واخذ صاحب البغل يسترجع
فرحمته مما افتى به ابو حنيفة واعطيته شيئا وتحللت منه وحججت تلك السنة فاخبرت
ابا عبد الله عليه السلام بما افتى به ابو حنيفة فقال في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها
وتمنع الارض بركاتها قال فقلت لابي عبد الله فما ترى انت قال ارى له عليك مثل كرى البغل

ذاهبا من الكوفة الى النيل وذاهبا من النيل الى بغداد ومثل كرى البغل من بغداد الى الكوفة وتوهم
اياه قال قلت جعلت فداك قد علفته بدراهم فلي عليه علفه قال لا لانك غاصب قلت ارايت
لو عطب البغل او نفق اليس كان يلزمني قال نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت فان اصاب البغل
عقرا او كسرا او عقر قال عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه قلت فمن يعرف ذلك
قال انت وهو اما ان يحلف هو فيلزمك وان رد عليك اليمين فحلفت على القيمة لزمك ذلك
او يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرى كذا وكذا فيلزمك الخبر قوله
ارايت لو عطب البغل او نفق اليس كان يلزمني بظاهره استفهام انكاري حيث علم من كلام ابي حنيفة
ضمان البغل وقيل ان ضمانه لا يجتمع مع ضمان الكراء كما قال فاستفهم بطريق الانكار
عن النفي فاجاب عليه السلام باللزوم وظهر منه عدم المنافاة بينهما واما ظهوره في كونه انكاريا
فلكان ليبادر لو كان حقيقيا لكان الانسب ان يقول اكان يلزمني فقوله عليه السلام نعم تصديق
لما بعد حرف النفي فكانه قال يلزمك بغل لو عطب او نفق قيمة بغل خالفته ظرف [illegible] يوم اما انها
متعلق بنعم لاشتماله على تصديق الملازمة لانه في قوة ان يقال الملازمة ثابتة يوم المخالفة
والتعبير عنه بيوم المخالفة لبيان ابتداء ثبوت الملازمة لا لافادة اختصاصها اذ هي
ثابتة في جميع مدة الغصب فكانه لدفع ما ربما يتوهم ان ابتداء ضمان العين على فرض موته
حين اثبات اليد عليها ولو قبل ضمان الغصب فكانه في قوة قوله نعم ثبوت الضمان والملازمة
في وقت المخالفة فليس خصوصية اليوم ملحوظة الا لاجل بيان ابتداء زمان الضمان وانه ليس
قبل زمان المخالفة ضمان فهذا الكلام بمنزلة قولنا ان عين المستأجرة ليست مضمونة الا
بتعديه او تفريط فذكر هذه المفروض لبيان هذا الحكم وقوله قيمة بغل على هذا توجيه لعله لبيان كون
البغل قيميا بناء على التوجيه الاخر وهو الذي استظهره الشيخ [illegible] من كون اليوم قيدا للقيمة فوجه ذكره معلوم

كما لا يخفى

كما لا يخفى ولا ينقلع لان يكون متعلقا بيلزمك المستفاد من تصديق سابقه كما توهم اذ ليس
لزوم قيمة البغل لو عطب في اخر ازمنة الغصب مثلا في يوم المخالفة بل الثابت في يوم المخالفة
ليس الا تحقق العهدة التعليقية وثبوتها لا لزوم القيمة فليس ظرفا لمضمون الجملة الانشائية
اذ هو ظاهر في اللزوم الفعلي وقد عرفت فساده اللهم الا ان يقال ان اليوم وان كان في
الظاهر ظرفا للانشاء لما كان انما هو سبب للزوم الفعلي على تقدير حصول العطب ومعلوم
ان المسبب لا بد ان يتحقق في زمان تحقق السبب فلهذا كثيرا ما يعبرون عن لفظ السبب بذكر وقت
ظاهر السبب كيوم او زمان فجعل هذا قوله اللزوم في وقت المخالفة بمنزلة قوله سبب المخالفة
وعلى هذا لا مانع من تعلقه بقوله يلزمك مع كونه فعليا على فرض تحقق الشرط والسر في ذلك
ان يوم المخالفة ليس ظرفا للزوم الفعلي قطعا اذ مقتضاه الالتزام بكون العطب كاشفا
عن ثبوت اللزوم في الواقع في مطلق زمان المخالفة مع ان الظاهر انه لم يقل به احد واما سببيته
ثابتة في هذا لو ما [illegible] واما انه قيد للقيمة كما استظهره شيخ مشايخنا [illegible] حيث قال الظاهر
ان اليوم قيد للقيمة اما باضافة القيمة المضافة الى البغل اليه ثانيا يعني قيمة يوم
المخالفة للبغل فيكون اسقاط حرف التعريف من البغل للاضافة لا لان ذا القيمة
بغل غير معين حتى يوهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضمونا بالمثل والقيمة انما هي قيمة المثل
وان جعل اليوم قيدا للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة الى البغل انتهى فيرد عليه اما
باضافة القيمة المضافة الى البغل اليه ثانيا فهذه العبارة بظاهره مناف لما يذكره فيما
بعد من ان اسقاط حرف التعريف من البغل للاضافة اذ البغل على هذا ليس مضافا بل هو
مضاف اليه فلا وجه لاسقاط حرف التعريف ويمكن توجيهه بان المراد اضافة الجزء المركب
والمقصود منها افادة اختصاص القيمة المقيدة بكونه للبغل باليوم بوقوعه فيه وهذه [illegible] نظر في ذلك

حبّ رمّانك اذا اريد منه افادة اختصاص الحب بك كما انه يفيد اختصاص الرمان وح اسقاط
حرف التعريف من البغل لكونه من قبيل تتابع الاضافات في الصورة وان كان من قبيل المعنونة
قبيل اضافة المركب وقيد ادعى ان شان هذا الكلام افادة اختصاص المضاف الاول بمدخول
اداة الاختصاص التالي وافادته كما في قولك هذا سرج فرسك وقد ردت بناء على اختصاص
السرج به لا الفرس وينبغي هذا الفرض في كل مورد لا يكون له فرس اصلا اذ لا افادة
بعيّض بهذه العبارة ويمكن ان يكون مراد الشيخ من اضافة القيمة هذا النحو من الاضافة
وفي هذا القسم ايضا البغل مضاف صورة نظير المثال السابق وسقوط حرف التعريف لحفظ
الصورة وقد يجاب بان المضاف هو نفس القيمة المذكورة وان البغل منكر لفظا ولكنه
في المعنى معرفة وانما اسقط عنه حرف التعريف لئلا يلزم منه اضافة القيمة الى اليوم ثانيا
اضافة الموصوف ونعتها اذ لو كان البغل معرفة يكتسب المضاف منه التعريف فلا يصلح
للاضافة بعد ذلك للزوم التعريف المعرّف وذلك غير ممكن بعيد غرض اتحاد الجهة
وهي الاكتفاء من جهة الاضافة بل غير جائز مطلقا في الصناعة كما هو مقتضى اطلاقهم بل
تصريحهم في بعض الموارد وعلى كل من التقديرين الذين استظهرها الشيخ يكون هذه
الفقرة شاهدة على كون العبرة بقيمة يوم الغصب ولكن سنتكلم في ظهوره ان شاء الله
ثم ذكر الشيخ قده بعدما حكيناه عنه واما ما احتمله جماعة من تعلق الظرف بقوله نعم
القائم مقام قوله لم يلزمك يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل فبعيد جدا بل
غير ممكن لان سؤال السائل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون
زمان المخالفة زمان حدوث الضمان كما يدل عليه ارايت لو عطب البغل او نفق اليس كان
يلزمني فقوله نعم يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته وقد اطنب بعض

ذجعل

فجعل الفقرة ظاهرة في تعلق الظرف بلزوم القيمة عليه ولم يات بشيء يساعده التركيب العربي
ولا المتفاهم العرفي انتهى ويمكن بعد التامل فيما ذكر عرفت صحة تعلق الظرف
بنعم وان المراد من اللزوم ليس هو اللزوم الفعلي بل الملازمة الثابتة في تلك القضية وان
الاستبعاد في غير محله وما ذكره قدس سره وجها لعدم الامكان لا يخفى ما فيه فان المعلومية عند مخبر
لعدم امكان الاستفهام الصوري كيف لا وهو والاستفهام الانكاري والابطالي والتوبيخي
كلها في الموارد المعلومة غاية الامر انه لا بد في جميعها من ثبوت نكتة مع ان ما ذكره قده من كونه
سؤالا عن تعيين القيمة مما لا يساعد عليه القضية المستفهم عنها اوليس السؤال فيها
عن نفس اللزوم بعد تقدم العطب ثم فهم كونه سؤالا عن القيمة ولو قلنا بتعلق الظرف با
القيمة لوجب الالتزام بكونه كلاما مستانفا ويكون اضرابا عن سابقه ضرورة عدم ارتباطه
مع السؤال لما ذكرنا من عدم صلاحية اللفظ لكونه سؤالا عما يلزمه بل هو سؤال عن
اصل اللزوم فعلى هذا يحتمل الاشكال المذكور في المقام من انه كان عالما فلم سئل
ولكن الاشكال موجب لصرف الاستفهام عن معناه الحقيقي ويكون ذكره لغرض
ولعل ذكره وكذا ذكر الفقرة التي بعده وهي قوله ان اصابه اه توطئة وتمهيد لما هو مذكور
فيما بعد وهو السؤال عمن يعرفها فكانه قال القيمة اللازمة على الغاصب وكذا
قيمة الوصف الذي تلف في يده من يعرفها والحاصل كونه معلوما لا يوجب جعل الاستفهام
على كونه سؤالا عما يلزمه ولا يبعد كون الاستفهام تقريريا والمراد التقرير بما بعد
النفي كما لا يخفى فتحصل مما ذكرنا انه يحتمل ان يكون اليوم متعلقا بنعم وان يكون متعلقا
بالقيمة ولكنه اذا كان متعلقا بالقيمة فلا بد ان يكون اضرابا عن الجواب بعد حصول
السؤال ولكن الاشكال فان اولهما اظهر وسيعيد تعلقه بنعم كون اللزوم ظاهرا في الفعلي

وهو هنا غير مناسب فلا بد من حمله على الثاني وهو خلاف الظاهر ويبعد الثاني ان الظاهر من الظرف تعلقه بما هو ركن في الخبر والقيمة فضلة في الكلام لان تقديره نعم يلزمك ان تعطيه قيمة البغل يوم المخالفة وليس القيمة ركنا فيتعلق بيلزمك الخاص كالاخفى وقد يستظهر ذلك بانه من متعلق البغل اذ ليس للبغل عند معين في زمان المخالفة نعم لو كان معرفا لامكن دعوى تعلقه بالقيمة او باختصاص المستفاد من اضافتها الى البغل لثبوت المخالفة واختصاصها بالمخبر بالنسبة اليه بخصوصه فافهم وربما يستظهر تعلقه بنعم على ما يستلى عليك انه ... ويمكن دعوى ظهور قوله عليك قيمة ما بين الصحة والعيب في ان المعتبر قيمة يوم التلف اذ الظاهر من هذه الفقرة انه يعطيه ما ... العيب في البغل ان يلاحظ قيمته في هذه الحالة ثم يلاحظ قيمة البغل في حالة الصحة فيلزمه على ما به التفاوت لا قيمته معيبا في اول زمان الغصب والحاصل ان الظاهر في انه بعد حدوث العيب ان يلاحظ انه كم نقص قيمته بسبب العيب فيلزمه بها ومعلوم ان هذه الملاحظة انما هي في زمان التعيب ومعلوم ان زمان التعيب هو زمان تلف وصف الصحة فالملحوظ هو قيمته في هذا الزمان وهو زمان التلف لا في زمان الغصب اذ لم يوجد العيب في ذلك الزمان حتى يلاحظ الا ان يقال بعد حدوث العيب يفرض قيمة البغل في يوم الغصب حال كونه صحيحا وقيمته في حال العيب ويكتب بعيدا غاية البعد ويستشهد لاعتبار قيمته يوم الغصب بالفقرة الاخرى منها ايضا وهو قوله عليه السلام او يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا فالزم فان اثبات قيمته يوم الاكتراء لا جدوى فيه لعدم الاعتبار به فلا بد ان يكون الغرض منه اثبات قيمته يوم المخالفة بناء على انه يوم الاكتراء لان الظاهر من صدر الرواية انه خالف المالك بعد

تزوجه

خروجه الى الكوفة ومن المعلوم ان اكتراء البغل لمثل المسافة القليلة انما يكون يوم الخروج او في عصر اليوم السابق ومعلوم ايضا عدم تفاوت القيمة في هذه المدة القليلة واما قوله عليه السلام في جواب السؤال عن اصابة العيب عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده فالظرف متعلق بعليك لا قيد للقيمة اذ لا عبرة في ارش العيب بيوم الرد اجماعا لان النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لاصل العين فالمعنى عليك اداء الارش يوم رد البغلة انتهى وفي الاستدلال نظر قدا ورده قدس سره بعيد ذلك وهو قوله نعم يمكن ان يوهن ما استظهرناه من الصحيحة بانه لا يبعد ان يكون مبنى الحكم في الرواية على ما هو الغالب في مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدة خمسة عشر يوما ويكون السر في التعبير بيوم المخالفة دفع ما ربما يتوهمه امثاله من العوام ان العبرة بقيمة ما اشترى به البغل وان نقص بعد ذلك لانه خسر المبلغ الذي اشترى به البغلة ويؤيده التعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرواية بيوم الاكتراء فان فيه اشعارا بعدم عناية المتكلم بيوم المخالفة من حيث انه يوم المخالفة الا ان يقال ان التعبير بيوم الاكتراء فانما ... مع كون يوم المخالفة هو التنبيه على سهولة اقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء لكون البغل فيه غالبا بمشهد من الناس وجماعة من المكارين بخلاف زمان المخالفة من حيث انه زمان المخالفة فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبينة في مقابل قول السائل ومن يعرف ذلك فتامل انتهى اقول ما ذكره قده وجها للتعبير عن يوم المخالفة بيوم الاكتراء وجعله نكتة للاعراض عن يوم التلف بعيد جدا بعد عدم اختلاف القيمة غالبا في تلك المدة القليلة اذ لا فرق في السهولة من حيث اقامة البينة في معرفة القيمة بين تعبيره

يوم الاكتراء او يوم الغصب اذ المفروض اتحادهما في المقام وهذا بخلاف تعيين
قيمة يوم التلف حيث هو هذا اليوم فلا بد في تعيينها في هذا اليوم من تعيينها في يوم الكراء
ثم تعيين قيمة هذا اليوم اما لما ذكره قدس سره من عدم الاختلاف غالبا في تلك المدة القليلة
واما لاجل تعينها في هذا اليوم بعد معلوميتها في يوم الاكتراء بالاستصحاب ولعله
قدس سره اراد منه الامر بالتامل فيما ذكرناه فافهم ثم لا يخفى ان عدم اختلاف القيمة
في امثال هذه المدة القليلة مما يبعد تعلق اليوم بالقيمة اذ لا داعي في تخصيص
القيمة بقيمة يوم الغصب مع عدم اختلاف القيمة في هذا الزمان في هذه الواقعة المخصوصة
وحمله على ارادة الامام ع بيان القاعدة الكلية لا في هذه الواقعة بعيد عن سياق الكلام
قوله ع اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك فان رد عليك اليمين فحلفت على القيمة
لزمه ذلك او يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا
فيلزمك الخبر في هذه الفقرة اشكالات احدها قبول قول المالك مع كونه مخالفا
للاصل لكونه مدعيا للزيادة وثانيها قبول بينته مع ان كان القول قوله فالبينة
لصاحبه وقد يذب عنها بحمل الحلف في المقام على الحلف المتعارف الذي يرضى
به المحلوف ويحصل قطعه من دون محاكمة والتعيين برد اليمين على الغاصب فجهة
ان المالك اعرف بقيمة بغله فكان الحلف حقا له ابتداء ولكنه خلاف الظاهر بل
غير معلوم مشروعيته مع انه بعيد عن طريقة الامام ع من عدم بيان الحكم الواقعي
مما يرتفع الخصومة في امثال المقام ويمكن ان يوزع ذلك على الصور المختلفة
وربما يتوهم هنا ان محل الاعتبار بيوم التلف حيث قيل انه يمكن ان يكون توجه اليمين
على المالك على ما اذا اختلفا في تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاقهما على قيمته سابقا

ولا اشكال

ولا اشكال ان القول ح قول المالك لكونه موافقا للاستصحاب ويكون سماع البينة
في صورة اختلافهما في قيمة البغل سابقا مع اتفاقهما على نقصانه عليها الى يوم
التلف ولا يخفى ان هذا انما يناسب الاعتبار بيوم التلف لا ما اذا اختلفا في
قيمة يوم الغصب مع اتفاقهما في سابقه في امثال المقام الذي يتحد فيه الزمان
بعيد فهذا ايضا يؤيد تعلق الظرف لكلمة نعم بالتقريب الذي ذكرنا ومنهم من حمل
الحلف على ظاهره وافتوا على طبقه خروجا عن القاعدة المسلمة من كون البينة على المدعي
واليمين على المنكر لاجل هذه الصحيحة في خصوص الدابة المغصوبة تبعا لهم وقد تمسك بالصحيحة
لاعتبار اعلى القيم ولا وجه له ظاهرا ولعل المتمسك استظهر ذلك من قوله ع نعم قيمة
بغل يوم خالفته زعما منه صدق يوم المخالفة على زمان ارتفاع القيمة مع كونه ظرفا
فيها عما قبلها وعما بعدها فكان نهاية قيمة زمان المخالفة فعلى هذا فانه يلزمك لو عطب البغل قيمته
زمان المخالفة ومعلوم ان زمان المخالفة يصدق على جميع آنات الغصب فمنها زمان ارتفاع
القيمة وح تشتغل الذمة بها ولو تعقب بنقصها بعد الارتفاع الادنى تحت الاعلى وهذا
لا يخفى ما فيه من البعد لظهور قيمة يوم المخالفة في يوم الغصب واما ما ارتكبناه من التاويل
على فرض تعلقه بيلزمك فذكرنا انه من المحتمل على هذا الفرض مع ظهور الظرف في تعلقه
بالفعل المذكور قبله في الكلام والعبد من ذلك استظهاره من قوله ع قيمة ما بين الصحة
والعيب يوم ترده كما لا يخفى فتحصل مما ذكرنا عدم جواز الاستدلال بالصحيحة الا
للاعتبار بيوم الغصب لاحتمال الفقرتين اللتين تمسكوا بهما في المقام ان لم نقل
بظهور الفقرة الاولى بانضمام القرائن في اعتبار قيمة يوم التلف وكذا الاستدلال
بها لاثبات اعلى القيم وعلى هذا لو تم ما ربما يتوهم استظهاره من قوله ع قيمة ما بين الصحة والعيب

كما ذكرنا سابقا نعم والآثار والرواية محلية من هذه الحصة وكيف كان فعلى هو على فرض دلالتها على اعتبار
يوم الغصب هل هو كاشف عن فساد ما استفدناه من معنى الضمان من انه التدارك عند التلف و
جعله كأن لم يتلف ادعي مقيدة ولاطلاقاتها او انه ليس من مصاديق الضمان بل هو تغريم آخر ولا ضمان
في الحقيقة في هذه الموارد او الضمان عبارة عن تدارك حين التلف وليس هنا كذلك بل ربما يكون
قيمة يوم الغصب ادون من قيمة يوم التلف فلا يجب التدارك حتى يتحقق الضمان بل الثابت فيها تغريم خاص
فنقول اما كونه من مصاديق الضمان والقيمة المأخوذة بها لاجل التضمين مما لا ينبغي الارتياب
فيه بل لا مورد اوضح في ثبوت الضمان من مورد الصحيحة اعني في المال المغصوب [illegible] معنى
الضمان في الحقيقة ليس هو التدارك عند التلف بل ضمان الشيء هو التعهد عليه والالتزام
به وهو ان يتدارك لو تلف فهذا المعنى من آثار التعهد لان تعهد الشيء عبارة عن الالتزام بابقائه
فهو مستمر حيث لو تلف جعله في الزمن بدل التلف بوضع الاقرب اليه من حيث المالية مكانه [illegible] ذكر
[illegible] وجوب التدارك ومعنى التدارك وضع شيء في موضعه عند انعدامه
وهذا قابل لان يلاحظ بالنسبة الى الكلام من اتلاف الشيء فيصح ان يقال انه يجب عليك تدارك
هذا الشيء في هذا الآن ومعناه وجوب ابقاء ذلك الشيء الغائب في هذا الآن [illegible] بوضع مساويه
مكانه ولو قال على نحو الاطلاق يجب عليك تدارك هذا الشيء معناه يجب عليك وضع مساويه
حين تلفه في موضعه وجعله كأن لم يتلف وابقائه مستمرا بعد تلفه حكما وهذا اعني لزوم وضع
مساويه عند التلف مقتضى الاطلاق ولو قيده بزمان خاص فمعناه وضع ما يساويه في هذا الزمان
مكانه ومعلوم ان هذا ليس معنى منافيا لمدلول التدارك بل هو تقييد لاطلاقه نظير لفظ
الوجوب حيث ان مطلقه ظاهر في التعييني واستعماله في التخيير تقييد لاطلاقه وبعد ما عرفت
ان الضمان هو وجوب تدارك الشيء علمت ان المستفاد من الصحيحة لو قلنا هو وجوب تدارك قيمته
في يوم

ومعنى التعهد على الشيء والالتزام به [illegible]

ح ل

في يوم الغصب علمت ان هذا المعنى ليس منافيا لاطلاقات الضمان بل هو تقييد لها فما ذكره شيخ
مشايخنا قدس سره من انه يمكن ان يقال اذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب كما هو
ظاهر صحيحة ابي ولاد وكشف ذلك عن عدم اقتضاء الاطلاقات لما ذكرنا من ان معنى التدارك
والالتزام بقيمة يوم وجوب التدارك ليس في محله او المستفاد من الصحيحة ليس منافيا لما فهمنا
من الاطلاق غاية الامر انها تقيد الاطلاقات كما لا يخفى لا ان الاطلاقات من حيث هي تقتضي
ذلك فافهم بقي هنا شيء وهو انه قد ذكر الشيخ [illegible] ثم ان ما ذكرنا من الخلاف انما هو في ارتفاع
القيمة بحسب الازمنة واما اذا كان بحسب الامكنة كما اذا كان في محل الضمان بعشرة وفي
مكان التلف بعشرين وفي مكان المطالبة بثلاثين فالظاهر اعتبار محل التلف لان مالية الشيء
تختلف بحسب الاماكن وتداركه بحسب ماليته انتهى وفي كلامه قده نظر تأمل لان مقتضاه اعتبار
قيمة مكان التلف لو قلنا باعتبار قيمة يوم الغصب وهذا مناف لتعليله لانه لا مالية
له في يوم الغصب بالنسبة الى مكان التلف لان ماليته فرع وجوده ولا وجود له في هذا اليوم
في مكان التلف وفرض وجوده في ذلك المكان غير موجب لتحقق المالية له فيه حقيقة
هي بحسب [illegible] فافهم ثم في حكم تلف العين من [illegible] المثل او القيمة حكم تعذر الوصول اليه وان
لم يهلك كالمسروق او غرق او ضاع اي فقد او ابق لما دل على الضمان بهذه الامور في باب الامانات
المضمونة ولا يشكل هنا بما يستشكل [illegible] في بدل الحيلولة من لزوم الجمع بين العوض والمعوض
لخروج العين المتعذر [illegible] عن ملك المالك في هذه الامثلة عرفا فلا يتوهم [illegible] انها مال زائد
[illegible] فبعد اخذه البدل ليس جامعا بين البدل والمبدل منه لما ذكر من خروج العين
عن المالية ولا يتوهم ان مقتضى ذلك عدم جواز استرداده ولو فرض رجوعه الى الضمان
بزوال العذر او تمكن من تحصيله بعد ما كان متعذرا لاعادة لخروجه عن ملكه واخذه بدله [illegible]

بین ارتفاع المالیة وبقاء علقة وارتباط فیما بینه وبین هذا الشیء الذی کان مالا لا التی لیست
هی الجزء بحیث توجب تلک العلقة صیرورته ملکا له لو انتقل الی المالیة نظیر الخل الذی صار خمرا
وخرج عن المالیة فلو عاد الی الخلیة لعاد الی ملکه فالکسر الذی خرج بالخمریة عن ملکه وکذا لاجل ذلک
العلقة تتحقق علقة تشملها فیما بین الضامن والبدل الذی دفعه الیه اذ بعد فرض عود المغصوب الی
ملکه لخرج بدله عن کونه ملکا له لئلا یلزم الجمع بین العوض والمعوض عنده ویرجع الی ملک الضامن
ولا استیحاش فی ذلک اذ من المعلوم ان الاحکام دائرة مدار العناوین العرفیة ولذا استشکلنا
فی المصعدات من النجاسات من الابخرة ولو اجتمعت وتقاطرت مثلا لو قلنا بعدم انقلابها هواء
حین الصعود وانقلاب الهواء ماء حین التقاطر اذ لا اشکال فی طهارته واما لو قلنا بعدم
الانقلاب بان البخار لیس الا الاجزاء الخفیفة المائیة وانها تتکاثف وتتقاطر فیشکل الحکم
بالطهارة لکونها عین النجس غایة الامر انه ارتفع بالتخفیف حکم النجاسة عنه لارتفاع العنوان
عنه ولا مانع عن تاثیره فی التنجیس بعد ارتفاع الخفة ومثله الدم المنبث فی الماء الکثیر المستهلک
فیه حال الکثرة فلو جف الماء واجتمع الدم فالظاهر نجاسته والسر فی ذلک کله دوران الاحکام
مدار العناوین فافهم هذا فیما لو تعذر رد العین عادة مطلقا واما لو تعذر عن ادائها عاجلا
ویکون مترقبة عنه بعد مضی مدة کما لو کان بینه وبین العین حائل لا یرتفع الا بعد مضی زمان
او کان العین فی مکان لا ینتقل الی البلد الا فی زمان معتد به فهل اداء الضمان وکونه فی عهدته یقتضی
تغریم الضامن بما یتحصل به براءة الذمة من رفع سلطنته عن المال بدلا عن وجوب الخروج عن عهدة
ما تعذر به ام لا تدل الادلة علی وجوب رد العین واما التغریم بالبدل فلا بل المالک لا بد ان
یصبر الی زمان تیسر الوصول لعدم خروج العین عن ملکه حتی یجب تدارکه وهذا بخلاف صورة
التلف او ما فی حکمه لخروجها عن ملکه عرفا ومقتضی الضمان وجوب تدارکه فی هذه الصورة

لا فی صورة

لا فی صورة بقائها علی ملکه وجهان ولکن مقتضی التحقیق هو الاول اعنی وجوب تدارکها مطلقا
فی کل مرتبة من المراتب لما عرفت من ان الضمان بالشیء عبارة عن الالتزام به وکونه فی عهدته ومعنی
الالتزام بالشیء کونه بحیث مهما طالبه المالک مکنه منه بحیث لا یفوت منه شیء لو اراده وکانه
ملتزم بابقاء المال تحت ید المالک ومعلوم ان الالتزام بابقاء المال تحت یده لیس معناه الا
المعنی اذ الالتزام بحقیقة الابقاء لمن لیس فی یده الابقاء باختیاره غیر معقول بل المراد
ان یتدارک کلما یتضرر المالک لاجل عدم العین وهذه قضیة تقتضی فی کل وقت شیئا فوقتا بعد التلف
یقتضی ان یتدارکه بدفع المثل فی المثلی والقیمة فی القیمی اولا اقرب شیء الیه وهذا هو المقدار
الممکن من الابقاء فی هذا الزمان واما لو حیل بینهما وکان العین باقیة فمقتضی ابقائها تحت یده
تسلیطه علی شیء یساویها فی الانتفاع ویکون اقرب انتفاعا الیها من سائر الاشیاء فمقتضی
ذلک تسلیطه علی مثل العین المتعذرة وتسلیمها فی المثلی والقیمة فی القیمی لینتفع بها کما ینتفع
بالعین لا تملیکه ایاها بدلا عن العین بل دفعها الیه غرامة عنها فلیس الغرامة عوضا عن العین
حتی ینافی بقائها علی ملک مالکها لاستلزامه الجمع بین العوض والمعوض بل هو غرامة عنها ودفع
لاجل تدارک ما فات منها من الانتفاعات والحاصل ان دفع المال الی المالک بدلا عن العین
المتعذرة لیس الا لاجل الانتفاع به بدلا عن الانتفاع بعینه فهذا الدفع فی الحقیقة مرتبة من
مراتب تدارک العین لاجل تفویت منفعتها فلیس علی الضامن الا تمکینه علی التسلط
علی ما یساوی العین فی الانتفاع وما ذکرنا فیه ولاجل کونه من باب الغرامات لا لاجل انتقال
العین الی الضامن عند التعذر واشتغال ذمته بها لیس للضامن الزامه بقبول البدل
الی ان یتمکن من اداء نفس العین لان سلطنته علی ماله حق له وله اسقاطها واسقاطه تغریم
الضامن ولیس بمنزلة الدین حتی یلزمه الضامن بقبوله تحصیلا لفراغ ذمته اذ لا اشتغال

هذا

هنا يشتى مالم يرد المالك استيفائها او تابيدها بالارادة فوجوب التمكين حكم تكليفي تتكلف
في الحكم بالضمان اللهم الا ان يكون المورد بحيث لم يقبل المالك في هذا الجزء من الزمان وسقط
حقه منه وكان المالك يلزمه فيما بعد هذا الجزء من الزمان كان هذه السلطنة عرضا
عليه فلا يبعد القول بجواز الالزام بالقبول المتوقف عنده ثم ان مقتضى الالتزام بالخروج
عن العهدة وتدارك الفائت في جميع المراتب هو التسليط التام على ما يساوي العين في
زمان الحيلولة ومعنى التسليط التام هو جواز التصرف في المشهور المساوي كيفما شاء اي منها
فيعم اللازم التصرف في ملكيه جميع التصرفات الموقوفة على الملك والا فليس تداركا للعين عن جميع ما فاتها
من الانتفاعات ضرورة عدم تدارك هذه السلطنة والتصرف والمفروض لزوم تداركه
فاذا تعذر ضمه بما توقف على الملكية فلابد من حصول الملكية قبل التصرف اما ما يفيد التدارك
الفائت نظير المعاطاة على القول بالاباحة واما حصولها قبل هذه التصرف من اول الامر
فلا يقتضيه الا الضرورة تقدر بقدرها وقد عرفت ان مقتضى الخروج عن العهدة ليس
في هذا المقام الا مجرد التسليط واما التمليك فلا وحصوله في هذا الفرض من باب المقدمة لا
لاجل اقتضاء دليل الالتزام اياه ثم انك قد عرفت ان وجوب دفع بدل الحيلولة عند المطالبة
حين التعذر انما هو لاجل اقتضاء ادلة الضمان ذلك لكونه خروجا عن عهدة العين
في ذلك الزمان ولكنه قد يتمسك له بقاعدة السلطنة وتقريبه كما ذكره الشيخ قده في الطالب
ان قيد اي في توقيع البدل جمعا بين الحقين بعد فرض رجوع القيمة الى ملك الضامن
عند التمكن من العين فان تسلط الناس على اموالهم الذي فرض كونه في عهدته يقتضي
جواز مطالبته بالخروج عن العهدة عند تعذر نفسها نظير ما تقدم في تسلطه على مطالبة
القيمة للمثل المتعذر في المثلي انتهى اقول وفي الاستدلال نظر اذ لا دلالة لهذه الادلة على جوازه

في ملكه

في ملكه كيفما شاء وتسلطه عليه وليس عينه ماله في ذمة الغاصب حتى يكون مسلطا على
مطالبته بل هو عين خارجية متمكن عن التصرف فيه لاجل الحيلولة التي حصلت بفعل
الضامن ومعلوم ان هذه الادلة لا تدل على اثبات السلطنة على من صار سببا لرفع سلطنته
عن ماله وبعبارة اخرى لا يدل هذه الادلة على وجوب تغريم من ازال السلطنة سلطنة
شخص عن ماله ببذل بدله اذ غاية مؤداها جواز تصرف المالك في عين ملكه انما وجد
كيف ولو دلت على ذلك لما احتجنا في اثبات الضمان الى ادلته بل يكفينا هذه الادلة وهو
معلوم خلافه وبما ذكرنا من الوجه لعدم جريان ادلة السلطنة فيما نحن فيه يظهر انه لا
مال الى ذمة الضامن تبين الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا تعذر المثل في المثلي
اذ المثل ثابت في ذمته فيكون مسلطا على مطالبته بخلاف ما نحن فيه فتحصل من ما ذكرنا
ان الدليل الدال على وجوب دفع البدل انما هو ادلة الضمان لا دليل السلطنة
وقد عرفت ان مؤداها وجوب دفع ما يساوي العين منفعة كانت او قيمة تداركا لما
ازيل عنه يد المالك من السلطنة والانتفاعات عند تعذرها لا انها عوض عن نفس
العين بل هو تدارك لها من حيث الانتفاعات ومعلوم ان ذلك لا يقتضي مملوكية الغرامة
للمالك اذا الفائت ليس الا السلطنة واما نفس العين فهي باقية على ملك مالكها فمقتضى القاعدة
بقاء نفس الغرامة للضامن على ملك الضامن من دون ان يتوقف بعض التصرف على الملك كتبه فانه
ح يقتضي مملوكية الغرامة للمالك مقدمة لصحة التصرف حين ارادة التصرف اما ما اذا الضرورة
تقدر بقدرها ولا يخفى ان حد المقدار من الدفع والمملوكية هو ما يقتضيه نفس الالتزام بالخروج
عن العهدة واما مملوكية الغرامة للمالك من اول زمان دفعها فلا يقتضيها الالتزام فحينئذ
هو ولكنه لا مانع من كونه كذلك لو دل عليه دليل اخر مثل الاجماع كما حكي عن ظاهر المبسوط والغنية

والظاهر انه لا اشكال فيه من حيث الفتوى لعدم الوقوف على الخلاف فيه وما قد يتوهم
من كونه جمعا بين العوض والمعوض قد عرفت الجواب عنه من انه ليس عوضا عن نفس العين بل هو
عوض عن السلطنة عليها بعد فرض انعقاد الاجماع على كونه مملوكا لهما واما السلطنة
الفائتة فهي باقية على ملك المالك كما ان العين ايضا كذلك وحين رجوع السلطنة برد العين
عليه يرجع الغرامة او بدله لو تعذر فيه مما لا يمكن رده بعينه الى ملك الضامن والا يلزم الجمع
بين العوض والمعوض ثم هل الغرامة المدفوعة تعود ملكها الى الغارم بمجرد طرو التمكن
فيضمن العين من يوم التمكن ضمانا جديدا او انها باقية على ملك مالك العين وكون العين مضمونة
بها لا بشيء اخر في ذمة الغاصب فلو تلفت استقر ملك المالك على الغرامة فلم يحدث في العين
الا حكم تكليفي بوجوب رده واما الضمان وعهدة جديدة فلا وجهان اظهرهما الثاني لا
قتضاء قاعدة على اليد الضمان من زمان الغصب الى زمان الاداء ضمانا واحدا مستمرا
ومعلوم ان التمكن من الاداء ليس اداء للعين فلم يتحقق غاية الضمان الغالب اولا وهو ليس هذه
يدا جديدة مغايرة لليد الاولى حتى يقتضي ضمانا جديدا مع ان مقتضى ما ذكرنا من كون الغرامة
بدلا عن السلطنة المطلقة عدم عوده الى ملك الغاصب ما لم تعد السلطنة وهي لا تعود الا برد
العين المضمونة وقبله تكون باقية على ملك المالك ويمكن الشيخ قدس سره في المكاسب لبقائه
على ملك المالك بعدم حدوث ضمان جديد بل استصحابا لكون العين مضمونة بالغرامة وعدم طرو ما يزيل
ملكيته عن الغرامة او حدث ضمانا جديدا ولكن القدح بالاستصحاب في هذه الموارد الخالية عن الحكم
بناء على ما هو المختار من عدم جريان الاستصحاب في الشك في المقتضي لجواز كون مملوكية الغرامة مما
تعقدا عن رد العين نظر ملكية الوقف لاستطاعة الابن بقبع الابن اخ واذا كان كذلك لا يجوز
الاستصحاب لعدم احراز كونه مما يقتضي البقاء في نفس الكلام في شروط المتعاقدين منها

البلوغ

البلوغ

الكلام في شرائط المتعاقدين

البلوغ واعتباره في صحة العقد مما لا اشكال فيه بل الخلاف فيه كما صرح به بعضهم
فيبطل بيع الصبي وكذا سائر عقوده ولكن الحكم بالبطلان مطلقا ولو في صورة اذن الولي
مشكل وان كان ظاهر بعضهم ممن ادعى الاجماع عليه التعميم كصريح بعض حيث قالوا ان الصبي
مسلوب العبارة فلا يترتب على لفظه اثر اصلا ولا ينفع الحال الا بتنقيح مدرك الحكم
المسئلة لحكم والتكلم فيه فنقول ان الاخبار الواردة في الباب على قسمين منها ما صرح
فيه بعدم جواز امر الصبي في البيع والشراء والنكاح والطلاق مثل رواية حمزة ابن حمران
عن مولانا الباقر عليه السلام ان الجارية اذا زوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب
عنها اليتم ودفع اليها مالها وجاز امرها في الشراء والغلام لا يجوز امره في البيع والشراء
ولا يخرج عن اليتم حتى يبلغ خمسة عشر سنة الحديث وفي رواية ابن سنان الى متى يجوز امر اليتيم
قال حتى يبلغ اشده قال وما اشده قال احتلامه وفي معناهما روايات اخر والقسم الاخر
ما يدل على رفع القلم عن الصبي كقولهم رفع القلم عن ثلثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون
حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ ولا يخفى ان اثبات مسلوبية عبارته عن التكون
سببا لوجوب الوفاء وصحة لكونه ما ذونا من الولي مع كونه بمنزلة الاتلة في اجراء الصيغة
مشكل اذ الاخبار الاولية اعني ما صرح فيه بعدم جواز امره فغيرها ولا ان لفظ الامر ينصرف
عند الاطلاق الى افعال نظير البيع والشراء والاجارة والرهن وغير ذلك الا لفظ بعت
واشتريت وامثاله فانه لا يطلق عليه لفظ الامر عرفا فهذه الاخبار تعم عدم جواز تصرفاته التي
المعنى بهذه العبارة فيدل على نفي تحقق البيع بفعل الصبي ولا يدل على مسلوبية عبارته
وعدم تاثيره لعقده مطلقا حتى مع اذن الولي وثانيا على فرض شمول لفظ الامر حيث هو لذلك
فندعي تقييده في المقام بالاطلاقات المستقلة وقرينة اسناد الجواز اليه الى الجواز مرادف المضي

فقوله عليه السلام لا يجوز امره يعني لا يكون امره ممضيا في نظر الشارع والمتبادر من هذه العبارة
عند الاطلاق عدم مضي الامورات الصادرة عنه على نحو الاستقلال لا الامور الصادرة
عنه باعانة الغير او الامورات التي لا يكون ذلك الا بمنزلة الآلة كايصال الهدية الى الغير
من قبل شخص او ابتياع عقد مع الطرف الاخر بلا عقد او اوقع ايجاب نكاح او قبوله
من قبل الغير مما لا يكون الصبي فيه الا بمنزلة الآلة ومن المعلوم انه لو فرض جواز هذه الامور
عليه لا يكون ذلك منافيا لتلك الاخبار الى ان يرتكب بالتخصيص فيها وثالثا سلمنا شمولها حتى فيحتاج
لما نحن فيه ولكن نقول ان عدم الجواز لا ينافي نا... مع اذن الولي لما عرفت من ان الجواز مرادف
للمضي ومعلوم ان المضي مقابل للوقوف فيكون معناه ان امر الصبي غير مطلقا في العقود الصادرة
عنه غير ماض ولا ينافي ذلك مضيه مع اذن الولي واجازته لصدق الوقوف بالنسبة الى ذات
العقد وذلك مثل قولنا ان عقد الفضولي غير ماض بل موقوف على الاجازة واما القسم الثاني
من الاخبار وهو ما يدل على رفع القلم عن الصبي فيحتمل وجوها باعتبار مدلول اللفظ وان
كان معلوم الانتفاء واحدها ان يكون المراد من القلم قلم المؤاخذة ويعم متعلقه بحيث يدل
على عدم التعرض اصلا بنحو من الانحاء وعدم تقدير شيء في حقه من الاحكام مطلقا وضعيا لحال الصبي
كان او تكليفيا فمعناه انه لم يقدر في حق الصبي حكم من الاحكام ولم يتعرض الشارع لحاله من
حيث الحكم بنحو من التعرض فمقتضى ذلك عدم صيرورة فعله مورد الامر اصلا فهو بسبب الحكم
اخر ولو بالنسبة الى فعل المكلف الغير وهذا المعنى بعيد لخروج ... عن مراد قطعا لعدم ... حيث التعرض
ادون من الجمادات اذ رب حكم وضعي ثابت لها بحيث يصير موضوعا لتكليف المكلفين كسببيته
للخسوف وكذا الزلزلة والخسوف لصلوتها وكذا الدلوك لوجوب صلوة الظهر ونحو ذلك من
الاحكام الوضعية وبالجملة شمول الرواية لهذه المثابة بحيث يلزم من سببية الجناية الواردة منه

عمده

على غيره لوجوب الدية على العاقلة تخصيص فيها بعد غاية البعد بل هو غير مقصود قطعا لانها
رفع القلم المثبت للاحكام الوضعية الثابتة في حق الانسان من حيث كونه منهم كالانسان منهم
ولكنه يخرجها على صد الصغر مرضا للقصد والاراك فيها مدخلية وضعيا كانا او تكليفيا
فهي بدلالة على خروج الصبي عن موضوع الاحكام الثابتة لهم ويخرج عن زمرتهم حكما ثانيها
رفع خصوص قلم المؤاخذة فعلى هذا ينفي الاحكام الالزامية من التكليفيات في حقه وهذا
المعنى الاظهر ان امكن دعوى ظهور الرواية فيه فيصير اجنبيا عن المقام الآن ...
مع النائم والمجنون في رفع القلم عنهم يشعر بارادة المعنى الثاني مما اذ العقل مستقل برفع
المؤاخذة عنهما فلا فائدة معتدا بها فيهما وهذا بخلاف ما لو حملناها على المعنى الثاني فانه لا
برفع مطلق الاحكام من الفوائد ما لا يخفى ويؤيد هذا المعنى ما ورد في الاخبار من ان عمد
الصبي وخطائه واحد فيستفاد منها ان كل حكم انيط بالقصد ليس بمجعول في
الصغر لانه بمنزلة العدم فلا اثر لقصده ولهذا ذكر الشيخ قدس سره في المكاسب من انه يمكن بملاحظة
بعض ما ورد من هذه الاخبار في قتل المجنون والصبي استظهار المطلب يعني مسلوبية
عبارة الصبي وهو ما في قرب الاسناد بسنده عن ابي البختري عن جعفر عن ابيه عن علي
ع انه كان يقول المجنون والمعتوه الذي لا يفيق والصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله
العاقلة وقد رفع عنهما القلم اه فانه ذكر رفع القلم في الذيل ليس له وجه الا جعله
تكون علة لا للاصل الحكم وهو ثبوت الدية على العاقلة او بان رفع القلم عنهما وذلك يمكن
ان يراد برفع القلم عند عدم الاعتناء بافعاله والاخذ بمواطاه كما يعتني بافعال المكلفين ويؤخذ
بالتزاماتهم فحصله ان افعال الصبي غير معتنى بها فلازمه رفع الاحكام المسببة عن الاعتناء بالفاعل من حيث صدور الفعل عنه
كالمؤاخذة على افعاله والالزام بالوفاء بالتزاماته وغيرها من اللوازم ومعلوم ان الاعتناء بالفاعل

الاحكام خصوص الاناسي من حيث كونهم اناسا وضعيا كان ام تكليفيا فلا ينافي ذلك ثبوت الاحكام منه

متكون معلولا لقوله عمدهما خطأ يعني انه لما لا قصد لهما بمنزلة العدم في نظر الشارع ...

من حيث كونه فاعلا انما يكون بعد صدور الفعل عنه قاصدا له فنفي الاعتناء بالقصد
يعني عدم الاعتناء بالصبي عدم اعتبار قصده وانه بمنزلة العدم في نظر الشارع ويؤيد
هذا المعنى ايضا ما ورد من ان عمده خطأ فيرتفع هنا ما يرتفع عنه في الاحكام المجعولة
في حقهم في حال العمد دون حال الخطأ ويشعر بذلك الخبر المتقدم حيث انه اثبت الدية
على العاقلة دون القصاص الذي هو من احكام القتل العمدي ثم قال رفع القلم هذا
ولكن يشكل ما عدا الوجه الثالث اعني رفع خصوص قلم المؤاخذة بما ذهب اليه المشهور من
شرعية عبادات الصبي اذ المشروعية فرع كونها مأمورا بها فيلزم هنا لسعي كونه مأمورا
به مرفوعا عنه مع كونه من احكام الاناسي ونشأه من الاعتناء بالمأمور ولكن يمكن التفصي
عنه بان الظاهر من رفع القلم وعدم الاعتناء به عدم ايراده في موقف الحساب وعدم اخذه
بما فعله فهو مساوق لقولنا ان له ان يفعل ما يشاء ومعلوم ان معنى ذلك عدم ترتب الضرر
عليه من حيث مؤاخذة فعله بوجه من الوجوه دنيوية كان او اخروية ولا ينفي ذلك عدم ترتب الثواب
على فعله لو فعل ما فيه المصلحة والحسن فنفي ترتب الضرر ينفي المؤاخذة المترتبة على ترك الواجب
فينفي وجوبه ولا ينفي استحبابه بل ثبوت المقتضي في الفعل يقتضي صدور الامر بالنسبة اليه
وطلبه منه لكن لا على نحو الالزام لثبوت المانع عن الالزام وحده لا عن اصل الطلب وهو كونه
غير معتنى به وعدم الاعتناء غير موجب لتغيير حسن الفعل بكونه عن غيره فافهم وتأمل ولكن لا يخفى
ان هذا الجواب انما يتم على التوجيه الاخير واما بناء على كون المرفوع هو الاحكام الثابتة لنوع
الانسان فلا اذ لا شبهة في شموله للمستحب لاختصاص هذا النوع بتوجه الكلام في الاخبار التي
دلت على ان عمد الصبي خطأ حيث استظهر دلالتها على مسلوبية عبارته كما حكينا عن الشيخ
قدس سره فنقول ان دلالتها عليها مشكل كالاخبار المستندة عليها لامكان دعوى ظهورها

في رفع الاحكام

في رفع الاحكام الثابتة للشيء بوصف كونه متعمدا بقرينة تنزيله منزلة الخطاء اذ الظاهر
ان الظاهر منها تخليته عن هذين الوصفين في موضوع الحكم لا ان الحكم الموضوع محمول على
ذات الشيء مع قطع النظر عنهما ويؤيد هذه الدعوى خصوص الرواية المتقدمة الواردة
في قتل الصبي والمجنون حيث انه اثبت اثار الخطاء اعني الدية على العاقلة ونفى عنه اثار
العمد وفرع الحكم على كون العمد خطأ بل يمكن دعوى صراحة هذه الرواية ظهورا في رفع القلم
حيث قال في ذيله وقد رفع القلم عنهما فتامل وايضا يؤيد هذه الدعوى تمسك العلماء بهذه
الروايات في خصوص الجنايات دون مطلق الاحكام في مثل المقام وهذا لا يخفى على
عدم دلالتها عليه اما الكلام في الاجماع فنقول ان انعقاده على مسلوبية عبارته في
الجملة وخروجه عن التصرف في كل ما لا تامل فيه ولا اشكال ولكنه على نحو الكلية فغير معلوم
فلا بد من تشقيق الموارد حتى يتبين الحال ويتضح مورد الاشكال فنقول ان تصرفات الصبي
على اقسام منها ما يستقل بالتصرف وهذا مما لا اشكال فيه ولا تامل في بطلانه و
انعقاد الاجماع عليه ومن قسم منها ما يكون تصرفه باذن الولي باذن عام او خاص
كالاذن في مطلق التجارة او تجارة خاصة وهذا القسم مما اشكل فيه الحكم غاية الاشكال
حيث ادعى فيه السيرة على صحته وتداعى الاجماع من غير واحد على بطلانه وان تردد بعضهم
في المسألة في غير هذا المقام الا ان الانصاف ان تردده غير مضر باعتبار الجماعة
الذي ادعاه وان كان من هو هنا له في الجملة اذ لا يسوغ الجائز عدم استحضار ما هو موجود
للمحدس لكم في جميع الاوقات نعم لما كان التردد في المسألة محتملا للخطئة عمد السابق
فلهذا يوهنه في الجملة ولكن الاحتمال بعيد غاية البعد والا فرج بخلافه خصوصا
تردد بعض من نشاهده من التردد في المسائل الواضحة بعد دعوى الاجماع عليه الخطأ الاحتمال

وكيف

وكيف كان فلا شبهة في اعتبار الاجماع في المسئلة بعد اعتضاده بالشهرة المحققة بل عدم ظهور
الخلاف في هذا المقام ويدل على كون مسلوبية عبارة الصبي من المسلمات تشبث بعضهم [illegible]
لبعض المعاملات الصادرة عن الصبيان ببعض الوجوه الآتية لتخصيص هذه القاعدة
نعم ظهر من المقدس الاردبيلي على ما حكي الميل الى صحة [illegible] الى عدم صلاحية ما ذكرنا
معاملة
من [illegible] اقتضاه نفس العقد في الصحة مع اثبات شمول ما يقتضيها بالنسبة الى
والانصاف نهوض الاجماع المدعى في المقام على بطلان هذا القسم حيث انهم شرطوا
في انعقاد [illegible] البلوغ على نحو الاطلاق من غير تفصيل بصورة استقلاله في العقد و[illegible]
من المتفرعات على محجوريته عن التصرف في ماله بل عنونوا المبحث [illegible] مقام [illegible] الحجر
امضا
التصرف بل لا يبعد شمول الاخبار التي دلت على عدم جواز امره وان ناقشنا فيه بعد
اذن الولي يكون مستقلا في الامر فانه يدل على عدم مضي امره مستقلا فتأمل ويدل [illegible]
رفع القلم [illegible] في هذا القسم على ما استظهرناه [illegible] عدم اعتبار
امر الصبي برفع القلم فلم الاعتبار [illegible] اذ لو قلنا [illegible] في المقام لكان امره معتبرا
بعد الاذن [illegible] اطلاق الخبر ويدل عليه [illegible] رفع القلم الثابت
[illegible] احكام نوع الانسان ولذا ترى العلماء [illegible] في هذا المقام وفي مقام الحجر
التصرف في ماله [illegible] بهذه الرواية لا شبهة انها كما تدل على ثبوت
الحجر الى زمان البلوغ كذلك يدل على بطلان عقده [illegible] الى زمان [illegible] ان انعقاد
العقد [illegible] الامور المعتبرة [illegible] للصبي [illegible] هذه الرواية مع
قطع النظر عن كونه [illegible] عن التصرف فافهم ثم انه قد [illegible] معاملة الصبي
[illegible] المعاملات [illegible] السيرة [illegible] الحرج فنقول [illegible] ان اريد بالحرج [illegible]

لكثرة

لكثرة ابتلائهم بمعاملات الاطفال حيث ان الغالب في الاسواق اقامة الاطفال
مقام اوليائهم فيبيعون ويشترون فالوجوب على الجانبة من معاملتهم لوقوع في الضيق
[illegible] المنع عن لزوم الحرج بوجود البالغين فيها [illegible] غالبا نعم يلزم ذلك في بعض
القرى والمنازل التي [illegible] فيها [illegible] لاجل الانحصار ومعلوم ان هذا المقدار
من الضيق لا يوجب الحكم بالصحة [illegible] ان يعامل مع وليه ولو لزوم الحرج بالنسبة الى الشخص
[illegible] او الحرج على شخص [illegible] لا يوجب رفع الحكم خصوصا في مثل هذه المقامات التي ليس
[illegible] منحصرا مع ان الحرج الشخصي لا يوجب رفع الحكم الكلي غاية الامر [illegible]
التكليف بالنسبة الى الشخص [illegible] لا اصل الحكم [illegible]
[illegible] الناس على اقامة الصبيان مقامهم في الاسواق يوجب الاجتناب عن معاملتهم
الحرج على نوع الناس حيث ان العادة جرت على معاملة الاطفال في اغلب الاشياء [illegible]
والاجتناب عنها [illegible] قلت بعد ورود النهي عن معاملة الصبيان لا يصلح ذلك
لرفع التكليف عن الاجتناب وصحة معاملتهم ضرورة كون الاقامة مخالفة للنهي و
معصية [illegible] العصيان لجوازه ورفع التكليف عنه غير معقول لما يلزم [illegible]
كان كذلك فهو بالمعروف بالضرورة نعم يوجب ذلك الحرج المسبب عن العصيان نوع تحرز التكليف
بالنسبة الى الاشخاص [illegible] لا رفع اصل التكليف فهو حرج شخصي غير موجب [illegible]
اصل الحكم بل يوجب [illegible] لاجل دفع الحرج كما لا يخفى نعم قد يتصور صورة
لرفع الحكم
العصيان المستلزم للحرج موجبا بالنسبة الى غير العاصين لاجل انغمارهم [illegible]
العصيان في موضوع اخر وذلك في [illegible] دفعا [illegible] للحكم بل لاجل عدم [illegible]
الى هذه الاشخاص وان اريد الحرج لزوم الحرج على الناس لكثرة ابتلائهم بالصغار فلو [illegible]

على الولي

على بطلان معاملتهم للزم ان يقوم بامر كل من البنات احد من المكلفين ليقضي حوائجهم
ويصلح امورهم في جميع معاملاته الجزئية وذلك حرج منفي في الشريعة ففيه ان ذلك وان كان
يوجب مزيدا للتكليف بالنسبة لكنه ليس بحيث يوجب الحرج وان اريد من الحرج ان البناء على
الاجتناب موجب لترك معاشرة الناس ومعاملتهم للعلم بان اغلبهم لا يبالون في معاملة الاطفال
بل يعاملون معها معاملة الكبار وذلك موجب لاشتباه اموالهم بالحرام واختلاط الحلال بالحرام ولا اجتناب
عنها كلية الا بالجهد فنقول ان ذلك ليس الا مثل المعاملة مع الاشخاص الذين نعلم اجمالا حرج
بانها في بعض الاحيان اذا كالوهم او وزنوهم يخسرون فيفسدون معاملتهم وكذلك يعاملون
معاملة الربوية في بعض الاوقات وذلك غير موجب لوجوب اجتنابهم وان اريد الحرج على الصبي
نفسه منع الحرج واما السيرة فلم نتحقق منها ما ينفعنا في المقام لانه ان اريد منها قيامها على
صحة معاملات الصبي ولو في الاشياء الحقيرة مطلقا ولو لم يكن باذن الولي بحيث كان
الصبي مستقلا في الامر ففيه من المنع ما لا يخفى بل يمكن دعوى الضرورة على خلافها
وما تحقق منها في الخارج مبني على عدم مبالاة من يعامل معه قطعا في هذه الصورة
قطعا وهذا القسم الاول من الاقسام الثلثة التي ادعينا وضوح الحكم فيه وتحقق
الاجماع على منع عنه وان اراد القسم الثاني اعني صحة الافعال الصادرة عنه حال كونه
ماذونا عن الولي في ايجاد الفعل بحيث يستند الفعل الى الصبي ويكون مستقلا فيه
بعد الاذن فهذا ايضا غير مسلم ولو سلم قيامها في هذا القسم وتعارفه بين الناس
حيث ينصبون الاطفال مقامهم في الدكاكين والاسواق فيمنع كونها كاشفة عن رأي
المعصوم لاحتمال نشوها في امثال المقام نعم يمكن دعويها في القسم الثالث اعني ما كان
الصبي بمنزلة الآلة بحيث لا يترتب على فعله من حيث انه فعله اثر بل يترتب عليه الاثر لكونه

كاشفا

كاشفا عن رضا الآذن فيما اذن علما او ظنا فيترتب عليه اثر الاذن اما على فرض العلم
بحصول الاذن فواضح واما على فرض حصول الظن فهو مبني على القول بكفايته في ترتب الاثر
ويمكن دعوى كون بعضهم نعني المراد مما ادعى السيرة فيها منه ومعلوم ان هذا القسم
ليس مما يعتبر فيه قول الصبي اصلا بل الاثر انما هو للرضا لا للقول ويتضح هذا القسم
بحيث لا يحتاج الى مزيد توضيح فنقول ان من الاشياء ما يكفي في جواز التصرف فيه مجرد العلم
برضا من له الاذن كتصرف المهدى له في الهدية بعد العلم برضاء المهدي وكذا جواز
الدخول في الدار بعد القطع برضا المالك وكذا غيرها من التصرفات ولا ريب في ان اغلب
التصرفات مطلقا لو حصل العلم برضا المالك لكونها من آثار نفس الرضا المنكشفة
بقوله ومعلوم ان آثار الواقع تترتب على فرض حصول العلم من اي سبب كان ولو قلنا
بكفاية الظن في المقام فيترتب عليه ايضا آثار الواقع على فرض حصول الظن ثم انا لو قلنا
بكفاية مطلق المراضاة من المالكين في تحقق المعاطاة فلا شبهة في صحة اغلب بيوع
او المراضاة المتعقبة بالتقوى من غير ان يتوقف على انشاء الملكية من كل من
المالكين للآخر ولا يخلو عن وجه كما استظهرنا من دليلها ذلك في باب المعاطاة فلا شبهة
في صحة اغلب بيوع الصادرة من الصبيان لو علم كل من المالكين بوصول كل من العوضين الى
أخذ بقل الآخر كما هو الغالب فيكون ذلك من قبيل دخول الحمام وشرب ماء السقاء و[illegible]
البقال ووضع فلوسها في المكان المعد لها وقد استظهرنا كونها معاطاة مفيدة
للملكية على ما هو الاقوى من افادة المعاطاة الملكية فليس الصبي في هذا المقام الا سببا
لحصول القطع بالرضا ولا بأس في ذلك القول بمسلوبية عبارته مطلقا كما ادعي عليه الاجماع
ولا يبعد دعوى السيرة التي ادعيت في المقام او هذه الصورة ثم لو قلنا بعدم كفاية مطلق

في بيان شرط قصد المتعاقدين لمدلول اللفظ

المراعاة او الرضا المتعقب بالتعرف في المعاملات فلا شبهة انهم في جواز بعض التصرفات المبنية
على مطلق الرضا من غير احتياج الى امر اخر كجواز الاكل وبعض التصرفات الاخر التي هي من اثار مطلق
رضا المالك المفروض ايضا اثار له وهو متحقق على الفرض من ترتب تلك الاثار عليه فتامل مسئلة
ومن شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول اللفظ بمعنى وقوعه في الخارج وهذا الشرط منحل عند
التحقيق الى شروط ثلثة احدها ان يكون اللفظ مقصودا اليه لعدم معقولية كون المدلول مقصودا
من غير كون الدال كذلك فيخرج عبارة النائم والغالط والساهي وامثالها مما صدر لا عن قصد
والتفات وثانيها ان يكون معناه الانشائي ايضا مقصودا اذ كيف يعقل ارادة وقوع
المدلول في الخارج مع عدم ثبوت اصل المدلول او قصده فخرج ما اذا لم يكن المعنى مقصودا
اصلا كما في اللاغي والهازل ولكن غير معناه الانشائي بان قصد به الاخبار او الاستفهام
او انشاء معنى غير مدلول اللفظ مجازا او غلطا وثالثها ان يقصد وقوع المعنى وتحققه
في الخارج فخرج من لم يقصد كذلك كما في المستهزء حيث يقول بعت ويقصد مدلول اللفظ
ولكنه لا يقصد تحققه في الخارج وذلك نظير الامر الصوري فهو شبيه الكذب في الاخبار
وليس المراد من القصد هنا ارادة وقوع الاثر في الخارج عن طيب النفس حتى يكون في مقابل
المكره بل المراد منه ان يكون ايجاد العقد لاجل تحقق ذلك الاثر في الخارج سواء كان
راضيا بتحققه في الخارج ام كارها ولا منافاة بينهما كما لا يخفى على من له ادنى تامل ثم انه
هذه الشروط الثلثة مما يعتبر في تحقق مفهوم العقد وبدونها لا يتحقق ماهيته اصلا
لعدم صدق المعاهدة والتعهد بدونها ولذا لا يؤثر فيها الاجازة والامضاء فيما بعد فالتفات منه
وهذا بخلاف بعض تلك الشروط الاخر مما هو شرط في تاثيره ونفوذه ككونه لا عن اكراه او صدوره من
بعض الشروط عن المالك وغير ذلك فانها شرط في التاثير لا في تحقق اصل الماهية فهذا تمام الفرق بين هذه تتبين

المسئلة

في بيان شرط الاختيار في المتعاقدين

المسئلة ومسئلة اعتبار طيب النفس حيث انها من شرائط التاثير دون اصل الماهية ولذا
لو تعقبه الرضا لاثر في ترتب مؤداه بخلافه فيها فعن تعميم صلاحية اللفظ للتاثير
ذكرنا فافهم مسئلة ومن شرائط المتعاقدين الاختيار والمراد به وقوع العقد عن ارادته
بحيث يكون مستقلا في ايقاعه فلو لم يخرج به عقد المكره فان وقوعه ليس بارادته
واختياره بل بسبب الزام المكره بالكسر اياه فليس المكره بالفتح مستقلا في
ايقاع العقد ويدل على اعتبار هذا القيد في تاثير العقد مضافا الى الاجماع قوله تع
الا ان تكون تجارة عن تراض وقوله ع لا يحل مال امرء الا عن طيب نفسه وقوله ص رفع
او وضع عن امتي تسعة اشياء او ستة منها ما اكرهوا عليه وليس المرفوع فيها
خصوص المؤاخذة بقرينة استشهاد الامام ع في رفع بعض الاحكام الوضعية
كما في صحيحة البزنطي عن ابي الحسن عليه السلام في الرجل يستكره على اليمين فحلف بالطلاق و
العتاق وصدقة ما يملك ايلزمه ذلك فقال ع لا قال رسول الله ص وضع عن امتي ما اكرهوا
عليه وما لم يطيقوا وما اخطأوا والحلف بالطلاق والعتاق وان لم يكن صحيحا عندنا
من دون الاكراه ايضا الا ان مجرد استشهاد الامام ع في عدم وقوع اثار
ما حلف به بوضع ما اكرهوا عليه يدل على ان المراد بالنبوي ليس رفع خصوص المؤاخذة
والعقاب الاخروي هذا كله مضافا الى الاخبار الواردة في طلاق المكره بنفي عدم الوقوع
ثم ان الاكراه على ما يستفاد من كتب اللغويين القهر على ارتكاب الشيء او الحمل على الفعل
كرها فيعتبر في مفهومه الاجبار على الفعل وهذا المعنى هو المستفاد من صاحب الكشاف
في تفسير قوله تع لا اكراه في الدين حيث علل ما حكي منه بانه ليس بناء الدين على الاجبار
والقهر وهذا المعنى هو المتبادر في العرف ايضا لو قيل فلان اكره على كذا ثم يظهر من

تفسير بعض اللغويين انه حمل شخص على الفعل المكروه ولا يبعد ان يكون مراده اتم الحمل
بمعنى الزام عليه والا فلا شبهة ان مطلق الحمل ولو بغير الالتماس بارتكاب المكروه لا يعد
اكراها في العرف وبالجملة لا ريب في اعتبار القهر والاجبار في تحقق الاكراه من حيث المفهوم
بحيث يخرج الفعل عن استقلال الفاعل ويكون ايجاده بسبب اكراه المكره لا بارادة
المتجددة واختياره ثم ان بعض الفقهاء رضوان الله عليهم اعتبروا في تحقق الاكراه شروطا
ثلثة على ما يستفاد منهم احدها ايعاد المكره بالكسر على امر على فرض الفاقد ثانيها ظن
المكره بالفتح بترتب ذلك الامر المتوعد عليه لو خالف ومعلوم ان هذا الظن انما يتولد
من قدرة المكره على ايجاد ما وعد عليه لانه لو لم يكن قادرا لما يظن الضرر فالقدرة
ايضا معتبرة وثالثها كون الامر المتوعد عليه مضرا بحال الفاعل او متعلقه من نفس
او عرض او مال والظاهر ان هذه الشروط معتبرة في تحقق مفهوم الاكراه بحيث لا يتحقق
بدونها لا انهم اعتبروها بدليل خارج لما عرفت من ان القهر والاجبار معتبر في
مفهومه ولا يتحقق القهر والاجبار بفقد واحد من تلك الشروط كما لا يخفى على من له ادنى
تامل ثم انه هل يعتبر في تحقق مفهوم الاكراه عدم امكان التفصي ام لا والظاهر ان اعتبار
في الجملة في تحقق مما لا تامل فيه لعدم صدق الاكراه عرفا على من اكره على شرب الخمر وكان
المكره متمكنا على عدم الشرب بالخروج من الدار وامثاله على انه يدفع شره عنه او غير ذلك من
التفصيات مع انه لو لم يخرج من الدار لظن ترتب الضرر عليه لقدرته على الايذاء في هذا
المكان ومع هذا لا يعد صدور الفعل عنه اكراها والسر في ذلك ان المكره
متمكن بارتكاب احد الامرين اعني ارتكاب الفعل او ما به يتحقق التفصي فارتكابه لاحد الامرين
انما هو باختياره وارادته فيكون مستقلا في الفعل وان شئت قلت ان من شرائط

الاكراه قدره

الاكراه تعلق المكلف على ايجاد ما اوعد وليس فيما امكن التفصي منه لا بقدرة على الا
اذ في صورة التفصي منه لم يكن له قدرة على الايذاء مع ان ظن الضرر في احكام ليس
على الاطلاق بل هو انما يكون على فرض عدم التفصي وترك التفصي يكون باختيار المكره
وكيف كان فلا خفاء في اعتبار عدم امكان التفصي في صدق الاكراه ولكن التامل
في تعيين مقداره فنقول ان التفصي في كل شيء بحسبه فحينئذ لا يكون ارتكاب ما يتفصى به
اشق واصعب ارتكاب ما اكره عليه بل يكون ذلك في نظر العرف تفصيا لانه من قبيل
ارتكاب ما هو اشد كراهة لدفع شر فعل مكروه بل المناط في امكان التفصي هو ان يكون
ارتكاب الفعل المتفصى به اهون من ارتكاب ما اكره عليه بحيث لو دار الامر بين فعل احدهما
لحمل فعل ذلك مقدمة لترك ما اكره عليه ومعلوم ان العبرة باسهلية الارتكاب
انما هو اسهلية في نظر الفاعل لا في نظر العرف لان المناط صدور الفعل لا عن استقلال
وهذا انما يتحقق بالنسبة اليه من غير مدخلية لاهل العرف في ذلك فوق كل مورد يكون
ارتكاب ما يتفصى به اصعب في نظره من ارتكاب ما اكره عليه عن اكراه وبعبارة اخرى لابد في صدق
التفصي من ان يكون ارتكاب الفعل المتفصى به محذورا في نظره ويكون مما تعلق غرضه بعدم
وقوعه فيكون ارتكابه موجبا لتفويت غرضه فلا شبهة ان ذلك الفعل لا يكون تفصيا
لعدم الوقوع وموجبا لخروج الفعل عن كونه مكرها عليه وقد يتوهم ان هذا المعنى
الذي ذكرناه لامكان التفصي موكول الى نفس الفاعل في الاهتمام بما يتفصى به وعدم وجوب
الانفكاك بين الاكراه في الاحكام الشرعية عند في الاحكام الوضعية اذ لا يلتزم
احد بان من اكره على شرب مع امكان التفصي بارتكاب افعال مباحة تعلق غرض الفاعل
بعدم وقوعه في الخارج كالمواشاة المعاشرة مع الناس ودفع اليد عن ظالم بمرد للبلد

اوترك صلوة النافلة مثلا مع ان ارتكاب هذه الاشياء من المكروهات الشديدة
حسنة بنحو يبني على عدم ايقاعها في الخارج ومثل هذا الاهتمام موجب لتحقق صدق الاكراه
بناء على ما ذكرنا مثلا لو اكره على معاملة كذائية وكان التفصي عنها موقوفا على دفع البدل
مطالعة يوم وليلة وكان ذلك نقضا لغرضه ومكروها تحقق في الخارج فاوقع المعاملة
لصدق الاكراه بناء على ما ذكرنا ويرتفع اثره من النقل والانتقال مع انه في مثل ذلك المقام
لا يلتزمها مستحلية الحرمة بل لا يقال ان ارتكابه وقع عن اكراه بل لو ادعاه الفاعل لكذبه
اهل العرف فلابد ان يكون على هذا معناه في التكليفيات ايضا جاريا مع معنى الاكراه
في الوضعيات ولكن التوهم مدفوع بان الملحوظ في صدق التفصي في الاحكام التي هو
اختيار الفاعل وقدرته عدم وقوع الفعل المتفصى به بل المدار في ذلك هو قصد الشارع
اذ ليس قصد الفاعل في التكليفيات الا تحصيل غرض المولى فالمدار على غرضه فلابد ان يلاحظ
ان الشيء الفلاني في نظر الشارع هل يصدق عليه التفصي من ارتكاب شرب الخمر حيث
لا يكون شرب الخمر مكروها في نظر الشارع ولو دار الامر بين تركه وارتكاب ذلك لجعل
الارتكاب مقدمة للترك فلا يحل الشرب بل يبقى على حرمته فالاكراه في المقام
على معنى واحد على الاول صدق التفصي في المعاملات وامثالها دائر مدار اعتناء نفس
الفاعل بالفعل المتفصى به وفي الشرعيات يدور مدار اعتناء الشارع هذا كله ما لم يكن
ارتكاب المتفصى به ضررا على نفس او عرض او مال والا فلا يتحقق التفصي اصلا لا في
احكام الشرعية ولا في الوضعيات لعدم صدق التفصي مع الضرر ما لم يكن الضرر يسيرا
قليلا لا يعتني به العرف والا يصدق التفصي ايضا كذلك ولا يخفى ان الضرر المانع
من صدق التفصي خصوصا اذا لم يكن الضرر مقدمة لتحصيل ترك ما اكره عليه مثلا لو اكره

على شرب الخمر وكان ترك الشرب متوقفا على مقدمة لا بد فيها من صرف المال فلو ارتكب
الشرب في مثله لم يكن معذورا لعدم كونه مكرها لتمكنه من الترك غاية الامر ان الترك
مقدمة يحتاج الى صرف المال وهذا لا يخرجه عن كونه متمكنا والا فاللازم من ذلك
سقوط التكاليف التي يكون متوقفا على صرف المال مقدمة للامتثال كشراء الماء
للوضوء وغير ذلك من كونها تكليفا هذا كله اذا لم يستلزم تحصيل المقدمة اجحافا
في صرف المال والا فيصدق في ايضا من الموارد التي لا يمكن في نظر العرف لصدق
الحرج وقد عرفت ان ارتكاب الضرر ليس تفصيا ولو كان يسيرا ما لم يبلغ حدا
لا يعتني به اهل العرف كيف ولو كان التضرر تفصيا لكان تحمل الضرر الذي توعد
عليه على ترك الفعل احد افراد التفصي وهو بديهي البطلان كما لا يخفى ثم ان
ما ذكرنا من خروج الفعل عن كونه مكرها عليه مع امكان التفصي يشكل الحال في التورية
ضرورة امكانها في اغلب الموارد من البيع والطلاق والعتاق وغيرها من الموارد
فاللازم عدم صيرورة الفعل مكرها عليه في تلك الموارد ضرورة انه حيث يمكن المكره
من قصد الاخبار في قوله بعت ومع ذلك قصد الانشاء ولا يكون مكرها في ايجاد البيع
الفعل خفاء وتيرة لانه يكفي في الخبارية واحد من قصديه فينحصر صورة فيما اذا لم يلتفت الى التورية
او كان المكره مطلعا على السرائر هذا العقد غاية العقد بالضرورة البطلان لكونه خلافا
للاجماع بل لظواهر النصوص حيث لم يعد احد التفصي عنه بالتورية تفصيا وقد يتفصى
من الاشكال بوجوه غير خالية عن النظر احدها ان جريان حكم الاكراه مع القدرة
على التورية تعبدي لا من جهة صدق حقيقة الاكراه وتوهما انما كان التفصي
وان كان مخرجا للفعل عن كونه مكرها حتى في صورة امكان التورية ضرورة ان الضرر المتوعد

عليها انما يتوعد على ترك ما اكره عليه وترك التفصي معاً من لا ترك خصوص ما اكره عليه فهو مختار في ارتكابه
كل منهما لدفع الضرر ولا يصدر كل منهما الا باختياره فلا اكراه وليس التفصي من الضرر احد فردي
المكره عليه حتى لا يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الاكراه عنهما كما لو اكره على احد امرين حيث يقع
كل منهما مكرهاً لان الفعل المتفصي به مسقط عن المكره عليه لا بدل له ولذا لا يجري عليه احكام المكره
عليه اجماعاً فلا يفسد اذا كان عقداً وما ذكرنا وان كان جارياً في التورية الا ان الشارع رخص في
ترك التورية بعد عدم امكان التفصي بوجه آخر لما ذكرنا من ظهور النصوص والفتاوى في ذلك
وبعد حملها على صورة العجز عن التورية مع ان العجز عنها لو كان معتبراً لاشير اليها في تلك الاخبار
الكثيرة المجوزة للحلف كاذباً عند الخوف والاكراه ومحصل ما ذكرنا ان الفعل وان كان ح مختاراً
فيه الا ان الشارع رتب عليه آثار الاكراه بكون الفعل مكرهاً عليه حكماً لا حقيقة ولا يخفى ان هذا
التوجيه بعيد غايته لبعد حمل من مثل رفع اثر الطلاق والعتق وغيرهما في غير واحد من الاخبار
مكرهين مكرهاً عليه بوضع آثار الاكراه ففي كل مورد لا يتحقق الموضوع كيف يحكم برفع اثره والتزام حال التورية
استعمال الاكراه في هذا المقام في غير معناه الحقيقي كما ترى الثاني ان اللفظ الذي هو جزء سبب
فيما يمكن التورية فيه ففي كل مورد لا يتحقق الموضوع كيف يحكم برفع الاثر والتزام استعمال
الاكراه ففي كل صورة لا يتحقق الموضوع يلزم استعماله في غير معناه الحقيقي بارادة المعنى الاخر مكره
عليه بلا شبهة وهذا المقدار يكفي في عدم ترتب الاثر على الفعل وان كان صدور الفعل عن اختيار
لا اختياريته ببعض مقدماته بل لا يتحقق الاكراه في الفعل في اغلب الموارد في العقود والايقاعات
كالبيع والاجارة والطلاق والنكاح ونحو ذلك الا بالنسبة الى ايجاد السبب اعني لفظ العقد
الا ايجاد مسببه هذه الاشياء بتوقفها فضلا الاختيار وهذا امر معنوي لا يعقل الاكراه
عليه الا انه المطلع على السرائر ففي الحقيقة ليس الاكراه على البيع الا الاكراه على السبب الذي هو لفظ

نعم الذي

ل ع

نعم الذي هو كاشف عن ايقاع البيع في الخارج بحسب الظاهر بناء العقلاء على العمل
على ظواهر الالفاظ فعلى هذا اكره على التلفظ بشيء يكون بحكم العرف لاخذهم بظواهر
الالفاظ موجباً للحكم بحصول التمليك فلا فقد عرفت ان الاكراه على ايقاع البيع غير متصور يكون اكراهاً بالنسبة اليه
اذا عرفت ذلك فنقول ان الشارع رفع اثر هذا الشيء المكره عليه وتوضيح ذلك ان حصول
البيع في الخارج متوقف على تأثير اللفظ وعلى صلاحيته لكونه جزء للسبب بعد حكم الشارع برفع
اثره وعدمه فالبيع بحصول النقل والانتقال به يخرج هذا اللفظ عن صلاحيته لكونه جزء
للبيع الاختياري والحاصل ان البيع الذي يترتب عليه الاثر في نظر الشارع ما يكون جميع
اسبابه المستندة الى البائع اختيارية واما لو كان واحد منها مكرهاً عليه لا يترتب عليه هذه
الآثار بل لا يتحقق البيع في الخارج في نظره لتوقفه على تأثير جميع الاسباب والمفروض ان السبب
المكره عليه لا اثر له هذا ولكن يشكل هذا الفرق بما ذكروه من التفريع من انه لو اكره على
ايقاع بيع صحيح او فاسد فاختار الصحيح وقع البيع لعدم حصول الاكراه مع انه لا بالنسبة اليه
شبهة في كون لفظ بعت الذي انشأ به الايقاع الصحيح هو مكره عليه لكونه الجامع بينهما
وارتفاع اثره موجب لعدم تحقق البيع في الخارج ولو في ضمن الصحيح مع انهم التزموا
به وكذا يشكل في موارد اخر وبالجملة الظاهر عدم كون ذلك مناطاً في رفع الاثر بل المناط
هو صدق كون الفعل مكرهاً عليه ولا يصدق عليه ذلك بعد اختياريته واحد من مقدماته
كما لا يخفى الثالث الفرق بين التفصي بالتورية والتفصي بغيرها في نظر العرف حيث
انهم يحكمون بتحقق الموضوع في الاول دون الثاني وهذا يكفي في رفع الاثر في الاول
دون الثاني لصدور الاخبار بحسب متفاهم العرف وفيه بعد تسليم الفرق ان فهم
العرف انما يكون متبعاً في مداليل الالفاظ لا في تعيين الصدق وليس الاشكال في استفادة

اسع

المعنى اذ ليس المعلوم في المقام مجملاً لما ذكرنا من دلالة الشرع على الاعتبار والظهور بمقتضى فهم
العرف وبعد تعيين معناه لو كان شيء في نظر العرف مصداقاً له ونحن نعلم عدم صدق المفهوم
عليه لخطائهم في فهمهم ولا يوجب فهمهم ذلك تنزيل الرواية عليه لان موضوعها الاكراه
ونحن نعلم عدم تحققه في المقام كما لا يخفى هذا ولكن الانصاف ان الاشياء التي يكون
المكره بسببها مختاراً في ايجاد المكره عليه بحيث لا يترتب على تركه الضرر المتوعد عليه
على قسمين قسم يكون ايجادها سبباً لرفع الاكراه عن اصله ولا يترتب على ترك ما اكره
عليه شيء من الضرر سواء علم المكره بالترك ام لم يعلم مثل ما اذا اكره على شرب الخمر وكان
متمكناً من ترك الشرب بالخروج عن المجلس وامره خدامه على دفع شره وهذا التمكن
في الحقيقة يرفع موضوع الاكراه اذ من مقومات حقيقة الاكراه قدرة المكره على اضراره
لو امتنع عن ايجاده وكذا خوف الضرر في الترك مع ان المفروض علمه بعدم الضرر
على الترك لو خرج عن المجلس مثلاً ولذا لا يكون المكره مع علمه بالامتناع قادراً على
اضراره وعلى هذا لو لم يتفص وارتكب الشرب يصدق انه شرب الخمر بارادته واختياره
ولم يكن مكرهاً في الفعل لعدم تحقق شرائط الاكراه لعدم خوف التضرر على الترك
وان امكن المناقشة فيه بان خوف التضرر على الترك حاصل عنده عند ارتكابه ما يتفصى
به فالاكراه صادق ولكن الانصاف عدم تحقق الخوف مع تمكنه من التفصي اذ الخوف
على تقدير معناه عدم الخوف المحقق فعلاً مع ان الخوف امر قلبي لا يتحقق مع اطمينان القلب
بتمكنه من دفع شر الاكراه والحاصل ان المكره في هذا القسم من الاكراه متمكن عن تركه
الفعل ورفع شر المكره ورفع تمكنه عن اضراره كما لا يخفى وقسم لا يكون المكره بالفتح
قادراً على رفع تمكن المكره عن اضراره ويكون الضرر المتوعد عليه مظنون الترتب

على فرض

على فرض الامتناع لو علم المكره بالامتناع فلا يكون المكره في هذا القسم قادراً
على رفع الاكراه بخلاف القسم الاول ولكنه متمكن عن عدم ايجاد ما اكره عليه بايجاد
ما يشابهه في الصورة واشتباه الامر على المكره ومعلوم ان القدرة على الاشتباه
لا توجب رفع موضوع الاكراه بل لو اوجد ما يشابه المكره عليه بحيث يشتبه على المكره
انه اوجده يصدق على ما اوجده انه مشابه لما اكره عليه حقيقة ولو اوجد نفس ما
اكره عليه يصدق عليه انه اكره بهذا الفعل حقيقة اذ ليس معنى الاكراه ان لا يكون مختاراً
في اصل الفعل اصلاً بل المراد ان يكون ارادته في الفعل مقهوراً لارادة شخص
اخر بحيث لا يكون مستقلاً في الفعل وتمكنه عن الاشتباه غير موجب لاستقلال ارادته
في الموضوع بعينه فاعلاً بشيء من الاشتباه وكونه مكرهاً عليه اما نفس الفعل او ما يشابهه
فانهما يصدر منه كان عن اكراه وبعد رفع الشارع اثر الاكراه يرتفع اثر هذا
الفعل ان قلت ان مقتضى ما ذكرت انه لو اكره على جنس وكان بعضه صحيحاً وفاسداً
او اختار الصحيح ان لا يتحقق البيع صحيحاً لكونه مكرهاً عليه مع انك لا تلتزم به قلت
فرق بين ما نحن فيه وبين الاكراه على الجنس لان الاكراه فيما نحن فيه يتعلق بالفعل
الخاص وليس المشابه مكرهاً عليه في الحقيقة غاية الامر انه مكره عليه صورة فما
الاكراه لا يتعلق به اصلاً ولكنه لما اوجد الفعل الذي اكره عليه يكون هذا
هو المكره عليه صورة وبالجملة ان المكره عليه انما هو خصوص الفعل فما يرفع اثره
وهذا بخلاف الاكراه على الجنس اذ الجنس من حيث هو لا اثر له حتى يرتفع بالاكراه
بل الاثر انما هو للخصوصية وليس في ايجاد الخصوصية مكرهاً عليه واما اثر الاثر
لنفس الجنس فلا اثر لو كان الاثر لنفس الجنس لا يمنع تخلفه عنه مع ان الجنس يتحقق في ضمن

الفاسد بلا اثر فيكشف ذلك عن عدم كون الاثر للجنس فافهم وتامل وقد استدل على رفع
اثر فعل المكره في المعاملات بما يدل على عدم حلية مال الغير الا عن طيب نفسه وما لم يكن تجارة
عن تراض ونسبة هذه الادلة مع حديث الرفع العموم والخصوص من وجه لصدق الحديث في رفع
الاحكام التكليفية مثل حرمة شرب الخمر حال الاكراه بخلاف هذه الادلة وصدقها في خصوص
المعاملات اما صدقها بدونه كالمعاملات الواقعة في ايقاع المعاملة لا تسعر بحال العقد فاوقعها
بحيث لا يكون البايع متاثرا مستقلا في الارادة اذ ربما يوجد مرتبة من الحياء وتحقق مقدار
من الاضطرار لا يكون الانسان متمكنا من ترك الفعل فيوقعه حياء ولا يكون عن طيب النفس كما لا
يخفى وصدقه الادلة تدل على رفع آثارها ومعلوم انه لا يصدق الاكراه في امثال هذه
المقامات وقد يتصادقان كما في المعاملات المكره عليها وليعلم ان المراد بطيب النفس كالرضا
في التجارة ليس هو محبوبية الفعل وكون الفاعل راضيا به من حيث هو لانه كثيرا ما يكره الانسان بعض
المعاملات ويحب عدم وقوعها كبيع داره او كتبه التي يحتاج اليها دائما بل يكره في غاية
الكراهة بل المراد استقلاله في الامر واختياره بنفسه بعد ملاحظة الجهات بحيث لا يكون باستناد
صدور الفعل الى الغير وهذا هو معنى طيب النفس والرضا بالفعل وان شئت قلت ان هذه
الافعال وان كانت مكروهة في نفسها ولكن الفاعل بعد ملاحظة جهات الفعل واحتياجه الى الثمن
مثلا والجائي الى ايقاع الفعل مختاره عن طيب النفس كيف وقد يتشبث باذيال من يبيع
في رضا الطرف المقابل بايقاع العقد في هذه المعاملات لشدة الحاجة اليها وهكذا هذا
الان كثرة طيب النفس بها بعد ملاحظة الحاجة اليها فالرضا المعتبر في ترتب الاثر انما هو كون
الفاعل مختارا في فعله ان شاء فعل وان شاء ترك كما لا يخفى ثم انه لو اكره على جنس كان له فرد
صحيح وفاسد فاختار الصحيح كان صحيحا لما عرفت انفا من ان الجنس لا اثر له حتى يرتفع وهو في الخصوصية

مختار فيترتب

مختار فيترتب عليها اثرها واما لو كان الافراد المندرجة تحته جميعها ذا اثر كما اذا اكره على
بيع داره او عبده او فرسه او غير ذلك فاختار كل منها يقع باطلا اذ الاثر انما هو للجنس
ح بمعنى انه اكره على امر ذي اثر ولو كان للجامع اثر مستقل كعنوان احدها المردد بينهم
او فيكون ح كل منها ذي اثر اذ لا فرق في كون الجامع متأصلا ومنتزعا وقد ارتفع الشارع
اثر هذا الفعل المكره عليه واما الخصوصيات وان كان مختارا فيها الا انه لا اثر لها ولا بعد
ترتب آثار الخصوصيات الزائدة التي لا تكون من آثار الجنس لعدم تعلق الاكراه بالنسبة اليها
كما عرفت مرارا ولو اكره على حق وغير حق كالوفاء بحق له عليه فاختار غير الحق كان صحيحا
لان الجامع غير مرتفع الاثر لانه لو كان الجامع مرتفع الاثر للزم ان لا يكون الوفاء ايضا
صحيحا لما عرفت ثم ان رفع اثر الجنس يستلزم ان لا يؤثر ذلك الجنس ح اصلا اينما وجد
فاذا فرضنا انه ثبت فيما كان يكشف ذلك عن عدم فرعية اثره ح بما هو هو فالاكراه على
احدها في المثال المتقدم ليس موضوع الاثر من حيث هو اكراه على هذا الجامع بل المرتفع
انما هو اثر الاكراه على غير الحق بخصوصه وقد عرفت ان الخصوصية ليست مكرها عليها
في المثال فما هو المكره عليه اعني الجنس بما هو غير مرتفع الاثر وما يكون الاكراه فيه مؤثرا
اعني خصوص غير الحق ليس مكرها عليه وبعبارة اخرى ان الاكراه على حق او باطل على سبيل
الترديد بل لا يكون حقا بوجه فلو اختار الباطل وقع صحيحا ومعنى كون الاكراه حقا جوازه للمكره
وعدم منعه عنه فعلى هذا يكون نفس الاكراه مرتفعا ومتى ارتفع اثر الاكراه نفس الاكراه الذي جعله
الشارع لغوا فيكون الاكراه بمنزلة العدم فيصير المكره عليه كان لا اكراه فيه في ترتب الاثر عليه وحق رفع
اثر الاكراه مستلزم لثبوت اثر المكره عليه وبالعكس والمراد ببطلان الاكراه ان لا يكون للمكره
السلطنة عليه في الواقع فيكون اثر نفس الاكراه ثابتا ويستلزم ذلك رفع اثر المكره عليه

كما عرفت آنفاً ان الاكراه على الجنس باعتبار تحققه في ضمن الخاص مرتفع الاثر فلا يكون الاكراه مؤثراً
وباعتبار تحققه في ضمن غير الخاص يكون مؤثراً ورفع اثره فالاكراه باطل بهذا الوجه واذا كان
الجامع باعتبار تحققه في ضمن هذا الخاص غير مرتفع الاثر وباعتباره في ضمن ذاك مرتفع الاثر
يكشف هذا عن ان الجامع من حيث هو جامع مرتفع الاثر والا لاثر في ذلك ايضاً وما هو
غير مرتفع الاثر فهو اثر نفس الخاص لاجل خصوصيته واذا كان العقد يقع بالاختيار في الخصوصية
فلا وجه للبطلان لان هذا الخاص لان الجنس غير مرتفع الاثر والخصوصية صدرت عن اختيار
وهذا نظير ما ذكره بعض المحققين من ان التكليف على الصورة المردد بين المقدور وغير المقدور
تكليف بالمقدور ونظيره كما ذكره من ان الجنس باعتبار امكان ايجاده في ضمن الفرد المقدور
يكون المكلف به بهذا الاعتبار متمكناً عن الامتثال واما الفرد الغير المقدور فليس بخصوصه
مكلفاً به فما هو المكلف به مقدور باعتبار الايجاد في ضمن بعض الافراد وما هو غير المقدور
اعني نفس الخصوصية فهي غير مكلف بها فافهم ثم انه لو اكره شخصاً على فعل واحد على سبيل
الكلام الكفاية لو ارتكب كل واحد منهما يكون الفعل مكرهاً عليه وهو غير الاكراه شخص
واحد على شيئين على سبيل التخيير لان الملاك في صدق الاكراه هو ايجاد الفعل عن لا استقلال
وطيب النفس بل كان السبب في ايجاده رفع شر المكره وعدم الفرد المترتب حصوله على فرض الترك
وهذا المعنى متحقق في المقام نعم يعتبر في تحقق الفرد المعتبر في صدق الاكراه واما
الاحتمال ان اعتبرنا مطلق خوف ترتب ما الفرد كما لا يبعد قوته فيكفي في المقام عدم
العلم باقدام الاخر عليه وكيف كان فالظاهر دوران الاكراه مدار خروج الفعل
عن الاستقلال لي وطيب النفس ولا ريب في تحققه في المقام ولو اكره في توكيل الغير
في ايقاع العقد الظاهر فساد العقد صدوره كمن فضوليا لرفع اثر الوكالة فهو بمنزلة العدم

لعلمه بعدم اقدام صاحبه على الفعل هنا ان اعتبرنا الظن في صدق الاكراه اه

فيكون

ام

فيكون امضاء العقد الصادر عن الغير صحيحاً موقوفاً على اجازته كما لا يخفى ولو اكره الغير
في قبول الوكالة عن نفسه بان الزمه على ايجاد بيع عن نفسه فاوجده مكرهاً عليه الظاهر صحة
العقد ولزومه اذ المعتبر في العقد هو رضاء المالك لا العاقد ولا اثر لرضاه والمفروض
ان رضاء المالك متحقق والا لما اكرهه عليه فلو صدر العقد بشرائطه اللفظية
وقصد المعنى ولو من الغير فليس المانع عن التأثير الا طيب نفس المالك وهو في
المقام متحقق فالعقد المستجمع لشرائط المعتبرة بطيب نفس المالك مؤثر
اثره واما ما يتوهم من عدم سببية لفظ المكره للتأثير مطلقاً وكونه بمنزلة اللغو
بعد رفع اثر الاكراه فهو بمنزلة المجنون واللاغي فهو فاسد لان بعد صلاحيته لما ذكر لرفع
التأثير مطلقاً ولو على سبيل الجزئية المتوقف على الرضا انه صدر عنه قاصداً وفرض
في المقام على ما هو مفروض محل الكلام في المقام اذ ليس المانع الا عدم الطيب
2 الخارجي وبعد فرض تحققه ممن هو معتبر منه فلا مانع من تأثير العقد كما لا يخفى ومما بعد
انه اتى به ولو اكره على عقد واوجده عن اكراه ثم تعقبه الرضا هل يصح ذلك
العقد ام لا وجهان بل قولان والاقوى هو الاول وهذا هو المشهور فيما بين
المتأخرين على ما حكي عنهم بل انهم قالوا بلزوم تصحيح عقد المكره لو لحقه الرضا و
الدليل على ذلك ان العقد صدر عن اهله جامعاً لجميع شرائطه فيشمله عموم ما دل
على وجوب الوفاء بالعقود اذ غاية ما في الباب تقييد موضوع الدليل بالادلة الخارجية
مما دل على عدم حلية مال المسلم الا عن طيب نفسه وغير ذلك بما اذا كان العاقد طيب
النفس فلا دليل على اعتباره بل غاية ما يستفاد هو اشتراط الطيب في جواز التصرف وهذا
بل لعل ان العقد الذي لا يكون العاقد طيب النفس بمجرد ليس بلازم الوفاء ولما اشترط

2 رضا بمضمون العقد فيكون موضوع الامر بالوفاء هو العقد الذي كان بمضمونه العاقد طيب النفس والعقد متحقق في المحل فيه ما هو المفروض اما اقتران صدور العقد بكونه عن صرم

واما اشتراط مقارنة الطيب معه فلا نتوهم اعتباره في مفهوم العقد مدفوع بصدق العقد
عرفا مجردا عن الطيب حيث يقال انه باع عن كراهة وذلك لان العقد بمعنى العهد وهو صادق مع
الاكراه ايضا كالجواز قولنا ان فلانا ما كان راضيا بالمعاهدة لكنه وقعت بينه وبين عمرو مثلا
ولا يصح سلبها وهذا امارة الحقيقة وقد يتوهم انتفاء القصد في المقام فيخرج العقد
ح عن قابلية الثانية مطلقا ولكن التوهم فاسد لما عرفت سابقا من ان مسئلة اعتبار القصد مغاير
لمسئلة اعتبار الطيب والكلام في هذه المسئلة بعد الفراغ عن هذه المسئلة وبعد فرض المكره
قاصدا لانشاء العقد ولكنه لا عن طيب النفس فليس للتوهم المذكور مجال اذ بعد هذا الفرض
يخرج المسئلة عما نحن فيه ويدخل في المسئلة السابقة اعني ما ليس العاقد فيه حينئذ العاقد
فيه شاعرا قاصدا لانشاء مدلول الكلام ولكنه لا عن طيب النفس فلا مانع عن التاثير بعد
لحوق الطيب ويجب الوفاء به بمقتضى العموم وقد يستشكل ذلك بقوله تعالى الا ان تكون
تجارة عن تراض الدال على اعتبار كون العقد عن التراضي وبالنبوي المشهور الدال على رفع حكم الاكراه
اما الجواب عن الاية ففيه ان دلالة الاية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي اما بمفهوم الحصر واما
بمفهوم الوصف ولا حصر فيها لان الاستثناء منقطع [illegible] الاستدراك بكلمة لكن
فيكون معناها لكن كلوا اموالكم اذا كانت تجارة مكسوبة عن تراض على قرائة الرفع وعلى قرائة
النصب يحتمل ان يكون تقديره اذا كانت الاموال اموال تجارة واما مفهوم الوصف فعلى القول
به مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في ربائبكم اللاتي في حجوركم ويحتمل كون الظرف
خبرا على هذا فعدم دلالة على انحصار حلية الاكل بكونها تجارة عن التراضي اظهر نعم يمكن دعوى
افادة حصر سبب الحل في التجارة من الاية لكونها في مقام التحديد ولكن ورود الوصف مورد
الغالب يمنع عن الاستدلال بها المسبوقية بالرضا وسيجيء مزيد توضيح لذلك في بيع الفضولي ان شاء الله

مضافا الى استلزامه عدم كون عقد الفضولي عقدا حقيقة مع ان الالتزام به مشكل كما لا يخفى

قاصد الانشاء مدلول لفظه ح بمنزلة عقد الهازل والمجنون بخلاف فيما نحن فيه

بعد خبر

واجاب الشيخ

واجاب الشيخ قده في المكاسب عن الاستشكال بحديث الرفع بجوابين اما اولا فبان المرفوع فيه
هي المؤاخذة والاحكام المتضمنة لمؤاخذة المكره والزامه بشيء والحكم بوقوف عقده على رضاه
راجع الى ان له ان يرضى بذلك وهذا حق له لا عليه ثم وضح ان الرواية تدل على ان العقد الصادر
عن اكراه لا يكون المكره ملزما على الجري على مقتضاه ولكن له ان يرضى بما انشاءه بعد العقد
الاكراهي وليس الزامه بعد الرضا بمضمون العقد منافيا في الرفع بل الالزام انما نشاء من امضائه فالاكراه صار
سببا لاختياره في الامر بحيث لو شاء الامضاء امضاه العقد ولو شاء الابطال فهو موقوف على
مشيته ويمكن تقريره بوجه اخر ولعله اجمله عن الاداء بان يقال ان الرواية لما كانت في مقام
الامتنان فيجب الاقتصار على مورده وهو يحصل بنفي الالزام عن المكره واما اخراج العقد عن قابلية
حكم فليس فيها امتنان بل ربما يكون الامتنان في كونه الامر الى مشية المكره كما لا يخفى وثانيا
انه يدل على ان الحكم الثابت للفعل المكره عليه لولا الاكراه يرتفع عنه اذا وقع مكرها عليه
كما هو معنى رفع الخطاء والنسيان ايضا وهذا المعنى موجود فيما نحن فيه لان اثر العقد الصادر
من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم الاكراه السببية المستقلة لنقل المال ومن المعلوم انتفاء
هذا الاثر بسبب الاكراه وهذا الاثر الناقص هو المترتب عليه مع الاكراه حيث انه جزء العلة
التامة للملكية لم يكن ثابتا للفعل مع قطع النظر عن الاكراه ليرتفع به اذ المفروض ان الجزئية
ثابتة بوصف الاكراه فكيف يعقل ارتفاعه بالاكراه وبعبارة اخرى ان اللزوم الثابت للعقد
مع قطع النظر عن اعتبار الاكراه هو اللزوم المنفي بهذا الحديث والمدعى ثبوته للعقد بوصف
الاكراه هو وقوفه على رضاء المالك وهذا غير مرتفع بالاكراه لكن يرد عليه ان مقتضى
حكومة الحديث على الاطلاقات هو تقييدها بالمسبوقية بطيب النفس فلا يجوز الاستناد اليها
لصحة بيع المكره ووقوفه على الرضا اللاحق فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره فيرجع الى اصالة

[illegible]

على حكم المكره

الفساد وبعبارة اخرى ادلة صحة البيع تدل على سببيته مستقلة فاذا ثبت تقييدها بغير المكره لم يبق
لها دلالة اللهم الا ان يقال ان الاطلاقات المفيدة للسببية المستقلة مقيدة بحكم الادلة الاربعة
المقتضية لحرمة اكل المال بالباطل ومع عدم طيب النفس بالبيع المرضي به سبقه الرضا او لحقه
ومع ذلك فلا حكومة للحديث على ادلة البيع المرضي به سابقا او لاحقا لعروض الاكراه لعدم
والمرضي به بالرضاء اللاحق فانما يعرضه الاكراه من حيث ذات الموصوف ولا نقول بتأثيره
بل بمقتضى الادلة الاربعة مدخلية للرضا في تأثيره ووجوب الوفاء به فالاطلاقات بعد
التقييد تثبت الاثر التام لمجموع العقد المكره عليه والرضا به لاحقا ولازمه بحكم العقل
كون العقد المكره عليه بعض المؤثر التام وهذا امر لا يرتفع بالاكراه لان الاكراه مأخوذ
فيه بالفرض الا ان يقال ان ادلة الاكراه كما ترفع السببية المستقلة ترفع مطلق الاثر عن العقد
المكره عليه لان التأثير الناقص ايضا استفيد من الاطلاقات بعد تقييدها بالرضا الاعم
من اللاحق وهذا الاخير يفرق فيما ذهب بين جعل الرضا ناقلا او كاشفا اذ على الاول يكون
تمام المؤثر نفسه وعلى الثاني فيكون الامر المنتزع منه العارض للعقد وهو تعقبه للرضا
وكيف كان فذات العقد المكره عليه مع قطع النظر عن الرضا او تعقبه له لا يترتب عليه الا كونه
جزء المؤثر التام وهذا امر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع
منه ومن الرضا او وصف تعقبه له فتأمل انتهى كلامه رفع مقامه اذ قلت فلم خصص العمومات
اولا بحديث الطلب ثم لاحظ النسبة بينها وبين حديث الرفع مع انهما في عرض واحد من
حيث كونهما متعرضا لها غاية الامر ان تعرض حديث الرفع على وجه الحكومة وحديث الطلب
على وجه التخصيص ومعلوم ان هذا الفرق غير موجب لتقديم احدهما على الاخر فلا بد ان يلاحظ
العام بالنسبة الى كل منهما فيخصص بادلة الطلب بالعقد المرضي به مطلقا سواء سبقه الرضا او لحقه

قوله قده اللهم الا ان يقال لا يخفى ان هذا التوجيه لا يصحح الجواب ... لجواب مستقل لان ... حكومة حديث الرفع على الادلة ... ورفع آثارها من السببية المستقلة ... منبي على عدم الحكومة ... مصححا له مع ان سياق العبارة يقتضي كونه توجيها له ... منه عفي عنه

والمراد

والمراد بسبق الرضا ان يكون العقد في حال تحققه واجدا له ويكون مقارنا معه وبادلة
الرفع يخصص بالعقد المسبوق بالرضا ويخرج الفرد الاخر اعني الملحق الرضا وعلى هذا
فلا يستقيم ما يتفرع عليه من عدم الحكومة له عليها مطلقا قلت والسر في ذلك ان حديث
الرفع مسوق لبيان رفع الاثار الشرعية الثابتة لمتعلقات هذه الاشياء والمعنى حيث
لولا ذلك الحديث لكان الاثر ثابتا لها عند عروض كل من هذه الاشياء ايضا فرفع اثر ما اكره
عليه مثلا لا يعقل الا بعد كون الشيء المكره عليه ذا اثر وقد تبين ان نفس العقد من حيث هو لا اثر
له لان تأثيره متوقف على الرضا فما سبقه الرضا لا يتعلق به الاكراه اعني العقد بدون — وما يتعلق به الاكراه
الطيب لا اثر له حتى يرتفع وملخصه ان حكومة حديث الرفع على الادلة والعمومات انما
هو بعد انضمام جميع الشرائط والقيودات واما قبله فلا اثر لها حتى يرتفع فذات
العقد من حيث هو مع قطع النظر عن الرضا لا اثر لها فلا يؤثر الاكراه في شيء اللهم الا
ان يقال ان ذات العقد العاري له اثر مجعول لكونها جزءا للعقد المرضي به عقلا واذا
كان الاثر المجعول للمجموع للكل جزء قسط من الاثر الجعلي بحكم العقل مثلا الايجاب المنفرد
اثره انه لو انضم اليه القبول لتحقق النقل والانتقال وهذا اثر جعلي لهذا الجزء
ولا ينافي في ذلك عدم كون الجزئية مجعولا لكونها امرا عقليا كما لا يخفى ويرتفع هذا الاثر
الناقص ايضا بحديث الرفع كما يرتفع به اثر التام اعني اثر المجموع المركب بل لو وجد
العقد في نفسه ليس هذا الاثر اثرا ناقصا له والناقصية انما هي بلحاظ المجموع
واما نفس الجزء فاثره التام انما هو هذا الاثر الناقص بلحاظ المجموع فحديث الرفع يرفعه
واما قول الشيخ قدس سره وكيف كان الخ فهو مسوق لاثبات اصل الجزئية وكون الجزء المؤثر بحكم
العقل فيكون له قسط من التأثير بحكم العقل الجزئية حالكونه مجعولا ويتضح من ذلك التأويل

كونه متمماً لما سبقه واما ارجاعه الى قبل ما قبله فبعيد مسلّم ومن شروط المتعاقدين اذن السيد
لو كان العاقد عبداً ولنعلم اولاً ان محل الكلام في هذه المسئلة في ان مملوكية العبد بنفسها هل تقتضي كونه
عاجزاً هل هو مانع عن نفوذ امره ومضي عقده ام لا فالكلام في هذه المسئلة متمحض لبيان
فساد عقد العبد من حيث كونه عبداً لا لاجل كونه غاصباً للمولى من حيث انه يتصرف في لسانه الذي
هو ملك له فيوجب فساد العقد لان دعوى كون التصرف في اللسان معصية كدعوى كونها موجبة
للفساد فيها ممنوعة وكذا ليس الكلام في فساده لاجل عدم كونه مالكاً لشيء فلا يصح بيعه مثلاً
لانه اندرج تحت الفضولي وكونه محجوراً عن التصرف على القول بملكه فيكون من قبيل عقد
السفيه والمفلس اذا عرفت ذلك فنقول انه يعتبر في عقده اذن سيده وامضائه ولا
يجوز بدون رضاه مط لو كان مستقلاً في الامر سواء كان لنفسه في ذمته او بما في يده
ام لغيره لعموم عدم استقلاله في اموره قال الله تع ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر
على شيء والظاهر كون الوصف اعني قوله لا يقدر موضحاً ومفسراً للموصوف لا مخصصاً
والا لزم خلو ذكر الموصوف عن الفائدة اذ يكفي ح في المثال ذكر عدم استواء من يقدر على
شيء ومن لا يقدر لان العبد على هذا الفرض كغيره منقسم على قسمين قسم يقدر على شيء
وقسم لا يقدر فاختصاص العبد بالذكر في المثال غير مناسب وح فالظاهر تشبيه الاصنام بالعبد
المذكور المملوك الذي يكون من اوصافه اللازمة له عدم قدرته على شيء والمراد بعدم القدرة
كون الافعال بحيث لا يترتب عليها شرعاً الآثار المقصودة منها لا انها لا يترتب عليها حكم شرعي
كيف وافعال العبيد موضوعات للاحكام الكثيرة كالاحرار ولا عدم القدرة على فعل الافعال
مطلقاً ضرورة صدور الافعال الكثيرة منهم فالآية تدل على نفي ترتب الاثر الشرعي
المقصود على فعل العبد دون احكامه الشرعية الثابتة له كوجوب الغسل عليه المترتب على جنابته

وغير ذلك

وغير ذلك وكيف كان فلا يترتب عليها آثارها من دون اذن المولى بمقتضى
الآية ولا نسلم ان الآية تدل على نفي القدرة بالنسبة الى التصرفات المالية دون غيرها
بقرينة قوله تع فيما بعد ومن رزقناه منا رزقاً حسناً فهو ينفق منه سراً وجهراً لان ذكر الرزق
ليس لافادة اختصاص القدرة في الانفاق بل ايراده لاثبات كمال القدرة وانه قادر على
كل شيء بخلاف العبد كما لا يخفى ويدل ايضاً على المطلب ما عن الفقيه بسنده الى زرارة عن ابي
جعفر وابي عبد الله عليهما السلام قالا المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه الا باذن سيده
قلت فان كان السيد زوجه بيد من الطلاق قال بيد السيد ضرب الله عبداً مملوكاً لا يقدر
على شيء فشيء الطلاق والظاهر من عدم القدرة خصوصاً بقرينة الرواية نفي قدرته من
حيث هو بحيث يكون مستقلاً في الامر ويستند الامر اليه بنفسه فلا ينافيها تحقق العقد
حال كونه مأذوناً من المولى اذ يصدق عليه ح ايضاً انه غير قادر على ايقاع العقد
من حيث هو بل القدرة انما طرأ من قبل المولى فليس هو بنفسه قادراً عليه وليس ح تحصيلها
فيها كما لا يخفى ثم انه يمكن ان يقال ان ما استظهرناه من الآية من كون الوصف
مفسراً او كونه من العوارض اللازمة للعبد من حيث كونه عبداً هو من لوازمها الثابتة في نظر
العرف بملاحظة مفهومه مع قطع النظر عن دلالة الآية لان معنى المملوكية كون رقبته
ملكاً للغير فيتبعها افعاله فلا يجوز استقلاله فيها من غير اذن ذلك الغير واجازته
وكيف لا يكون زمام اموره بيد المولى مع كون رقبته ملكاً له وكيف كان فلا اشكال في كفاية
اذن المولى في صحته لعموم ما دل على وجوب الوفاء بالعقود والآية لا تدل الا على فساد
ما لو كان مستقلاً فيه واما ما لو كان مقروناً بالاذن فهو خارج عن منافاتها كما عرفت فيما سبق
فيقتصر في التخصيص على مقدار دلالة المخصص فالباقي مندرج تحت العام واما مع اجازته اللاحقة

فعنه فضه وجهان من ان العقد وقع مستقلا فيكون [فاسد] ويستحيل انقلابه فيها بعد عما وقع
عليه ان الفساد انما تعلق ببقى الانشاء الصادر و[ما] صدر على وجه لا يتغير عما وقع
عليه اذ قد عرفت ان المنع في المقام ليس من جهة العوضين الذين يتعلق بها حق الغير
حتى يقال ان له ان يرضى بما وقع لدم التصرف في السابق ومن ان الدليل المخرج انما دل
على كون افساد [كل] امر لا يكون للمولى فيه مدخلية بوجه من الوجوه غالبا في مندرج تحت العمومات
ومن جملتها العقد المتعقب بالرضا ولو شك انه هل وجب العقد الاخذ بمقتضى العموم فان
مورد الشك لكونه شكا في اصل التخصيص زائدا على ما علم تخصيصه اي ما لو كان مستقلا
فيه وهذا الوجه هو الاقوى وان قلت هب ان المقام مقام استصحاب حكم المخصص حيث ان
هذا العقد لا يجب الوفاء به حال صدوره فيكون العموم مخصصا به قطعا فلا يجوز التمسك
بها بعد اعتبار المولى لو شك في وجوب الوفاء لسقوط العام بالنسبة الى هذا الفرد عن
الاعتبار بل المرجع في مثله انه يستصحب حكم المخصص قلت ان العقد المتعقب مشكوك
الخروج رأسا او معلوم عدمه لا انه معلوم الخروج في زمان ثم شك في دخوله بعد ذلك
نعم يبقى هنا اشكال وهو انه كيف يؤثر الرضا اللاحق في العقد السابق ولكنه يعم
الامر اشتراك ورود الاشكال بين ما نحن فيه وبين الفضولي وكذا عقد المكره
وسيتضح دفعه ان شاء الله في مبحث الفضولي ويمكن ان يجاب عن الاشكال ايضا بعد جواز
استصحاب حكم المخصص فيه في صورة الشك بل المرجع فيه هو الرجوع الى اطلاق الدليل
الراجعة الى عموم الاحوال لاجل دليل الحكمة ولما سقط عن الاعتبار بالنسبة الى هذا
العقد هو عمومه الافرادي فافهم ويؤيد المختار بل يدل عليه ما ورد في صحيحة نكاح العبد الواقع
بغير اذن المولى اذا اجازه معللا بانه لم يعص الله تعالى وانما عصى سيده فاذا اجاز جاز بتقريب

ان الرواية

ان الرواية تشمل ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه وحمله على ما اذا عقد الغير له مناف
لترك الاستفصال بل لا يبعد اختصاص المورد بكونه عقد عاقدا بنفسه بقرينة قوله
انه عصى سيده اذ لو عقد له غيره لا يتحقق عصيان منه اذ لم يصدر منه شيء عدا الاجرد
الاذن وهو ليس معصية لان المعلوم بالسيرة القطعية ودليل الحرج عدم حرمة هذه
التصرفات والمشاغل الجزئية فيكون ماذونا فيها من المولى بحسب الواقع وهذه
الرواية تدل على ما فيها اذ لو كان العصيان مانعا لا يعقل مضي العقد بعد صدوره
عن عصيان اذ الرضا به لا يجعل المعصية طاعة بل الرضا بالفعل الصادر عن عصيان
لا يكون الا عفوا للمعصية لا قلب المعصية عما وقع عليه بل هو باق على ما وقع الى ابد الابد
فالعفو على [بل] التدارك بعد المعصية لا يكون الا الرضا [به] فلم يكن فلم مدخلية في صحته
والفرق بين عصيان الله تعالى وعصيان المولى ان عصيان الله اذا تحقق كعقد المحرم
عليه يكون العقد باطلا لا محالة لعدم معقولية رضا الله بما سبق من معصية بخلاف ما اذا
لم يعص الله وعصى سيده اذ له الجائز رضا السيد فيما بعد ذلك بما لم يرض به سابقا فاذا
رضي به واجاز صح فيكون الحاصل ان معيار الصحة في معاملة العبد بعد كون المعاملة في
نفسها مما لم ينه عنه الشارع هو رضا سيده بوقوعه سابقا او لاحقا وانه اذا عصى سيده
بمعاملته ثم رضي السيد بها صح فما قاله المخالف من ان معصية السيد لا يزول حكمها برضائه
بعده وانه لا ينفع الرضا اللاحق كما نقله السائل عن طائفة من العامة غير صحيح فافهم وتامل
مسئلة ومن شروط المتعاقدين ان يكونا مالكين او ماذونين من المالك او الشارع وهذا
شرط للتأثير لا للصحة العقد بحيث يكون العقد العاري عنه عاريا عن قابلية التأثير ويكون غير ذلك
مسلوب العبارة بالنسبة الى العقد الصادر عنه كالصبي والمجنون فلو لحقه الاجازة صح على المشهور بل نسبه

علا مدخلية رضا المولى في مضي عقد النكاح لا على مانعية العصيان عنه بل ميل ره

[illegible]

في استفادة

في التذكرة الى علمائنا تارة صريحاً واخرى ظاهراً بقوله عندنا الا انه ذكر عقيب ذلك ان لنا قولاً
بالبطلان فمن عبّر بان عقد الفضولي لا يصح يريد انه لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من
اللزوم ويفصح عن ذلك ما يستفاد من مطاوي كلماتهم من حيث يلتزمون بانه لو لحقه الاجازة
لصح وانه لا يجوز التصرف في متعلقه قبل الاجازة وغير ذلك نعم من لم يقل باهليته للحوق
الاجازة كما نسب الى بعض من علمائنا وعبّر بهذه العبارة فيحمل على ما هو الظاهر في عدم ترتب الاثر
عليه بحكم وكيف كان فالمهم في المقام هو التعرض لمسئلة عقد الفضولي التي هي من اهم المسائل
فنقول ان المراد بالعاقد الفضولي هو الكامل الغير المالك للتصرف المتصدي للعقد
ولو كان غاصباً على ما قيل وقيل ايضاً انه العاقد بلا اذن من يحتاج الى اذنه فيشمل العقد
الصادر من الباكرة الرشيدة بدون اذن الولي ومن المالك اذا لم يملك التصرف لتعلق
حق الغير بالمال وبيع الراهن والسفيه ونحوهما وبيع العبد بدون اذن السيد وكيف كان
فلا ثمرة معتداً بها في تعيين محل الكلام من انه هل هو خصوص القسم الاول او اعم منه لان
المتبع في المقام هو الدليل الدال على الصحة او العدم فلو دل على العموم نقول به ولو لم نصدق عليه
الفضولي ولو لم يدل عليه نقتصر على محل اليقين وبالجملة فلا فائدة في تعيين مراد العلماء منه
اللهم الا ان يثبت في المقام اجماع على ما حكم ويقال ان هذا العقد مثلاً خارج عن مرادهم او داخل
فيه فيثبت الحكم ولكن ثبوت الاجماع على شيء لا يخلو عن بعد فالاعراض عن ذلك اولى
فنقول ان العاقد الفضولي قد يبيع للمالك وقد يبيع لنفسه وعلى كل حال اما ان يكون
البيع مقروناً بطيب نفس المالك اولا وعلى الثاني اما ان لا يسبقه منع المالك او مطلقون رضاه
به في الواقع سواء كشف لفظاً عن رضاه او لم يكشف فوجب فيما بينه وبين الله الوفاء به لو لحق
الرضا في نفسه خارج عن مسئلة الفضولي وان الكلام في مسئلة الفضولي في ان هذا لذا كان الذي

هو مناط الصحة في العقد لو لم يقترن حال العقد ولحقه فيما بعد هل يكون ام لا فالتكلم
في المقام الاول في مسئلة الفضولي في غير محله والمكان لها ارتباط به لاجل ابتناء تمامية بعض
ادلته على كشف الحال فيه فالاحرى تقديم البحث عنه على البحث عنها حتى لا يبقى خفاء في المطلب
مع انه يمكن ارجاعه الى المسئلة الفضولي بان يقال الفضولي هو العقد الصادر عن
غير المالك او من هو في حكمه بان كان ماذوناً منه او من الشارع فاعداه فضولي سواء
كان مقروناً برضاء المالك ام لا غاية الامر انا لو قلنا بكفاية الرضا في الصحة لكان هذا القسم
من الفضولي صحيحاً من حين وقوعه غير متوقف على شيء فالفضولي ينقسم الى قسمين قسم ملحق
الرضا وقسم يقارنه ولا يخفى انه لو قلنا بكفاية الرضا لو كان مع الرضا مقارناً لا يخرجه
عن كونه موقوفاً غير تام في نفسه لان وجود الشرط لا يخرجه عن الشرطية فلا ينافي ذلك
ما يلتزم به من ان الفضولي صحيح موقوف وانه عندنا فقدنا فهم ونقول انه قد يقال انه يكفي
في صحة العقد مطلق رضا المالك بمضمونه وان لم يحصل منه اذن لفظاً ان العقد
يخرج عن كونه فضولياً ويجب الوفاء به ويترتب عليه الاثر ويستدل عليه بعموم وجوب
الوفاء بالعقود وقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض ولا يحل مال امرء الا عن طيب
نفسه وما دل على ان علم المولى بنكاح العبد وسكوته اقرار ورواية عروة البارقي
ولا يخفى ان الاستدلال بعموم وجوب الامر بالوفاء لاثبات كفاية الرضا نظراً الى الظاهر
انه ليس المراد انه يجب الوفاء على كل احد بكل فرد من افراد العقد الواقع من كل شخص حتى
يقال ان مقتضى ذلك وجوب وفاء كل احد بهذا العقد الصادر من الفضولي ومن جملتهم المالك
فيجب الوفاء عليه لان المعلوم من تخصيصه هو العقد الصادر الا عن طيب نفسه واما المقارن
له فلا فيشمله العموم بل الامر بالوفاء انما تعلق على كل من يتشابه الوفاء وترتيب الاثار

كالاثر اعني النقل والانتقال في البيع مثلا وبحكم ذلك لا يترتب الا على وفاء حضور المالك
واما ترتب ما عداه من آثار الملكية فانما هو من لوازم الملكية المسببة عن وفاء المالك لانه
آثار العقد وذلك اللوازم يتحقق وكذا الخاصيات يثبت للشيء بعد انتقاله من المالك ايضا
بكل عقد تعلق بماله سواء كان العاقد بنفسه او غيره فيتم المطلوب ايضا لان غاية ما في الباب
تخصيص هذا العموم بادلة الطيب بما لا يكون المالك راضيا بالعقد معه ويبقى الباقي وما نحن فيه
منه اذ المفروض تحقق رضاه ولكن لا يخفى ان التعميم لهذا المعنى رخلا فظاهر الاية بل
الظاهر منها انه يجب الوفاء لمن هو كونه صادرا عنه وصدوره عن غيره غير مناسب للحكم عليه
بوجوب الوفاء كما انه لو قيل اوف بالعهد ينصرف الى المعهود لنفسه لا كل عهد وقع في الدنيا ولو كان
مرتبطا اليه كما لو تعاقد شخصان اجنبيان على شيئه ومعلوم انه عموم هذا الامر لا يشمل هذا
المورد حتى لو لم يكن ذلك العهد واجب الوفاء لكان اللازم على الامر اخراجه بدليل اخر بل ليس
الكلام شاملا له من اول الامر فكذا فيما نحن فيه وعلى هذا فليس مفاد الاية الا كمفاد قوله تعالى
والموفون بعهدهم اذا عاهدوا في ان الوفاء انما تعلق بغير العاهد بل مفاد الاية ح
انه يجب على العاقد الوفاء بعقده فلا يشمل ما نحن فيه وتوضيح ذلك يظهر بالتامل في امثال
المقام من التراكيب مثل قولنا اوف بالنذر وقوله م الاعمال بالنيات الى غير ذلك
فانهم الهموا الان مقبال ذلك عليهم انه يكفي في الاستناد وصيرورته عقدا له في نظر العرف رضاه
به ولا يتوقف ذلك على ايقاعه بنفسه نفس العقد كما لو اذن غيره في عقد او لا شبهة ح في صيرورته
عقدا له ويجب الوفاء عليه مع انه لم يقع العقد بنفسه والظاهر عدم الفرق في الاذن والرضا
جعل العقد عقدا له واستناده بل الملاك في الاستناد هو الرضا والاذن كاشف عنه وليس لخصوصية
اللفظ مدخلية في الاستناد نعم لو اذن فعلم حين وقوع العقد فكلم ان العقد مستند اليه لكون

اي الاثر فليس لوفاء الامر بالعقد اثره لو تعبير عنه بالوفاء ايضا وح فمن لك الامر انما تعلق بالمالك نقول ان المراد بالعقود كل فعل عن كل احد متعلق بماله فيكون معناه انه يجب على المالك م

على كل شخص يكون من شانه الوفاء على كل عقد صدر منه لا عنه وعن غيره مطلقا اذ المناسب للحكم بوجوب الوفاء انما هو

رضاه معلوما

واما العلم بالاذن

رضاه معلوما باذنه لا بعلم الاستناد لعدم معلومية الرضا لا انه يعلم عدم الاستناد
فالمناط في الاستناد وعدمه رضاه فلو كان راضيا في الواقع يصير العقد عقدا له ويجب
الوفاء عليه فيما بينه وبين الله وان لم يعلم رضاه ترتيبا لظاهر غاية ما يمكن ان يقال
ولكن الانصاف عدم وثوق النفس بصدق الاستناد بمجرد الرضا بل لا يبعد دعوى
الاطمئنان بمدخلية اللفظ في ذلك ثم الظاهر انه لو اذن في فعل يلزمونه اهل العرف
بلزوم الوفاء عليه وفي غير ذلك فالو علموا رضاه من غير اذن لعله لا يلزمونه وكيف كان
فيكفي في رد الاستدلال بناء على هذا المعنى الذي ادعى ظهورها فيه عدم العلم باستنادها
اليه لا العلم بعدم الاستناد واما قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وقوله م لا يحل
مال امرء الا بطيب نفسه فالظاهر تمامية الاستدلال بهما وان امكن المناقشة فيهما
اما في الاول فبمثل ما مر في اوفوا بالعقود واما في الثاني فبان يقال ان ذلك لا يدل
الا على توقف التصرف على الطيب واما كون الطيب سببا تاما في جوازه فلا اذ غاية مدلوله
بيان الاشتراط مثل قوله عليه السلام لا صلوة الا بطهور ولا عمل الا بنية وغير ذلك ولكن
الانصاف ان التامل الصادق يدفعهما اذ الظاهر من الاية جواز الاكل الذي هو كناية عن
مطلق التصرف اذا كان مسببا عن تجارة مقترنة مع تراضي المالك واما تخصيص التجارة بكونها
تجارة نفس المالك فلا داعي له اذ لا خفاء في مناسبة مطلقها حال كونها مقترنة مع التراضي لجواز
الاكل مع امكان دعوى كونها تجارة من المالك ايضا حال كونه راضيا بها فتامل واما تقريب
الاستدلال بالرواية فبان البيع من جملة التصرفات العرفية مثل الاكل والصدقة والهبة
وغيرها اذ ليس المراد من البيع لفظ العقد لانه ليس تصرفا في ملك الغير حتى يتوقف على رضاه
بل التصرف انما يتحقق بانشاء مضمونه اعني جعل المبيع ملكا للمشتري والثمن ملكا للمالك ولا شبهة

ولا شبهة في كون ذلك تصرفا في مال المالك والرواية تدل على حلية هذا التصرف لو كان مقرونا
برضاه ونفيها حين انتفائه وليس معنى حلية البيع الا صحته وسببيته للنقل والانتقال وتوهم
ان مقتضى ذلك استعمال لفظ الحل في اكثر من معنى حيث انها بالنسبة الى الماكولات بمعنى الترخيص
وفي مطلق التصرف الآن انه تخصيص في كل شيء بحسبه فلو قيل انك مرخص في التصرف في الثوب والطعام
والجارية مثلا معناه انه يجوز لك لبس الثوب واكل الطعام ووطء الجارية او خدمتها مثلا فلو قيل
احل البيع مثلا يقيم الكلام معناه انك مرخص في النقل والانتقال ابقي فاختلاف كيفية
التصرف غير موجب لاستعمال لفظ الحل في اكثر من معنى كما لا يخفى ومما ذكرنا ظهر اندفاع ما ربما
يتوهم في الرواية من اختصاصها بنفي الحكم التكليفي اعني الحرمة ولا تدل على حصول النقل
والانتقال توضيح الاندفاع ان حليته ملازم لحصول النقل والانتقال اذ بدونه لا يتحقق
التصرف حتى يتصف بالحلية فافهم واما المناقشة التي ذكرناها من عدم دلالتها الا على مطلق
التوقف والاشتراط واما على السببية التامة فلا فالجواب عنها ان الرواية مسوقة لبيان
ما يعتبر في مال الغير حيث كون مال الغير عدم جواز التصرف فيه الجائز ذاتا فيدل على حرمتها
بالعرض وانها ترتفع بسبب الطيب واما توهم كونه سببا ناقصا فمدفوع بظهور السببية
حال الاطلاق في السببية التامة ولذا شاع فيما بين العلماء رضوان الله عليهم التمسك
بها لاثبات جواز التصرف من غير توقف على شيء آخر بل لا يفهم من العرف امثال هذه
التراكيب الا السببية المستقلة بحيث لو افتى عليهم بانه لا يحل مال فلان عليك الا بطيب نفسه
صاحبه لا يتوقفون بعد الرضا في جواز الاكل ولا يستفتون عن حكمها بل يقتصرون على
ما يفهمونه من هذا الكلام وبالجملة لا اشكال في ظهورها في السببية المستقلة واما المنع
عن اطلاق الظهور اللفظ فيها اولا مع انه يمكن دعوى ارادة السببية التامة منها

ايضا اما في الاول فبان يقال انه من باب المبالغة وفي الثاني فبان يقال ان التسبب بالعقد يكون تاما
في صيرورة العمل على الرد وفي صحة الاسناد اليه حيث يقال ان هذا الفعل فعل هذا الشخص
المختار وبدونها لا يصح ومعها يتحقق الاسناد واما انتفاء بالصحة والفساد فبعد
الانضاف يكون على الرد فافهم وتامل ويمكن الاستدلال لكفاية مطلق الرضا بقوله تعالى
احل الله البيع ولانه يدل على حلية كل بيع خرج منه ما لم يقترن بالرضا وبقي الباقي
وقد عرفت ان الحلية ملازم للصحة ونفوذه ويمكن المناقشة فيها بانها لا تدل الا
على حلية البيع ذاتا فيكون معناها ان هذه المعاملة حلال في مقابل معاملة الربوية
حيث حكم بكونها حراما ولا اطلاق لها بالنسبة الى الشرائط حتى يجوز التمسك بها
في ذلك نظير قولنا الغنم حلال والخنزير حرام فلو شك في حرمة غنم بالعرض لا يجوز
لاثبات حليته التمسك باطلاق هذا الكلام لانه ليس مسوقا لبيان الشرائط
ثم لا يخفى عليك ان هذه الاية وان نوقش فيها الا انها ينفعنا مع ذلك
اذ بها يثبت جزء المطلوب لانه اعني حلية البيع ذاتا فبذلك ينفى حرمته من هذه
الجهة وح ينضم الى الرواية المتقدمة فيتم المطلوب اذ بعد احراز حليته ذاتا لم
يبق الا فساده لاجل كون المبيع ملكا للغير لان منشأ الشك في المقام اما
احتمال حرمته العقد الصادر عن غير المالك ذاتا او احتمالها عرضا وينفي الاول الاية
والثاني الرواية واما احتمال فساده لاجل الاخلال بشرط آخر فغير جار في
المقام لان الكلام في هذا المقام بعد فرض اجتماع جميع الشرائط ما عدا كون العاقد
مالكا او ماذونا عنه واما كونه عاقلا او بالغا وغير ذلك من الشرائط فلا بد ان يحرز

وجوه

وجوده والا فكيف يمكن القول بالصحة حتى يكون محلا للكلام ثم لا يخفى ان ما ذكرناه دليلا
في كفاية الرضا المقارن في صحة العقد يثبت به صحة عقد الفضولي بل لزومه لو قلنا بتمامية بعض
المنافيات التي اوردناها فيها امكن القول بتماميتها في الفضولي لعدم جريانها
في بعضها كما يظهر بالتأمل فيما ذكرنا فلا نطيل الكلام باعادتها في اثبات الفضولي ولكن لم
نعثر على من تعرض للاستدلال بروايات العروة فلا بد هنا من التعرض لها فنقول انه
قد اشتهر التمسك لصحة بيع الفضولي بقضية عروة البارقي حيث دفع اليه النبي صلى الله عليه وآله
دينارا قال له اشتر لنا به شاة للاضحية فاشترى به شاتين ثم باع احدهما في الطريق بدينار
فأتى النبي صلى الله عليه وآله بالشاة والدينار فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله بارك الله لك في
صفقة يمينك فان بيعه وقع فضولا بل وشراء شاتين ايضا كذلك حيث انه كان مأذونا
في شراء شاة واحدة ولكن يمكن توجيه شرائه بان يقال ان الغرض من شرائه اثنتين لعله لاجل انه
علم صاحبها على بيع كل منهما منفردا فاشتراهما من باب المقدمة فيكون مأذونا فيه لاجل التوصل
به الى المأمور به وكيف كان امكن توجيه شرائه الا ان البيع بحسب الظاهر وقع فضوليا
فيه منضما الى تقرير النبي صلى الله عليه وآله يثبت صحة بيع الفضولي هذا ولكن قد بنا في فيهما
ذكره الشيخ قدس سره في المكاسب بقوله ولكن لا يخفى ان الاستدلال بها يتوقف على دخول
المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي توضيح ذلك ان الظاهر علم عروة
برضا النبي صلى الله عليه وآله بما يفعل وقد اقبض المبيع وقبض الثمن ولا ريب ان الاقباض
والقبض في بيع الفضولي حرام لكونه تصرفا في مال الغير فلا بد اما من التزام ان عروة فعل
الحرام في القبض والاقباض وهو مناف لتقرير النبي صلى الله عليه وآله واما من القول بان البيع الذي يعلم

بتعقبه للاجازة

١٧

بتعقبه للاجازة يجوز التصرف فيه قبل الاجازة بناء على كون الاجازة كاشفة وسيجيء ضعفه فيدور
الامر بين ثالث وهو جعل هذا الفرد من البيع وهو المقرون برضا المالك خارجا عن الفضولي
كما قلناه ورابع وهو علم عروة برضا النبي صلى الله عليه وآله باقباض ماله للمشتري حتى يستأذن وعلم المشتري
بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الامانة والا فالفضولي ليس مالكا
ولا وكيلا فلا يستحق قبض المال فلو كان المشتري عالما فله ان يستأمنه على الثمن حتى ينكشف
الحال بخلاف ما لو كان جاهلا ولكن الظاهر هو اول الوجهين كما لا يخفى خصوصا بملاحظة ان
الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة وقد تقدم ان المناط فيها مجرد المراضاة
ووصول كل من العوضين الى صاحب الآخر وحصوله عنده باقباض المالك او غيره ولو كان
صبيا او حيوانا فاذا حصل التقابض بين فضوليين او فضولي وغيره مقرونا برضا
المالكين ثم وصل كل من العوضين الى ملك صاحب الآخر وعلم برضا صاحبه كفى في صحة التصرف
وليس هذا من معاملة الفضولي لان الفضولي صار آلة في الايصال والعبرة برضا
المالك المقرون به انتهى كلامه رفع مقامه اقول وما ذكره قدس سره من ان المناط في المعاطاة
مطلق المراضاة لا يخلو عن تأمل لعدم صدق البيع عرفا بمجرد تراضي الطرفين
بل لا بد في صدقه من مظهر لرضاه كعرض المتاع في معرض البيع وغير ذلك اذ غاية ما يمكن اثباته
هو الالتزام بعدم احتياج الصدق للانشاء الفعلي او القولي والظاهر ان الشيخ قدس سره في مبحث المعاطاة
اعترف بان صدقه على ما لا يكون فيه انشاء اصلا فكيف التزم هنا بكفاية مطلق المراضاة وكيف
كان فلا خفاء في عدم صدق البيع بمجرد المراضاة فحمله عليها مما لا يمكن فضلا عن كونه
اظهر ولكن الظاهر هو اول الوجهين فيه منع الظهور المستند الى لفظ التقرير اذ لا مانع
من حملها على التوجيه الرابع لعدم امكان التمسك باطلاق الخبر اذ ليس الامام عليه السلام الحاكي لهذه القضية

الحاكي

بعد بيان

بصدد بيان تمام جزئيات الواقعة ولا يلزم عدم ذكره بصدد المطلب اعنى كون المال امانة عنده
ورفع على الاتمام ولا تفويت للغرض فلا يتمسك باطلاقه فى نفى الاحتمالات وقوله قبل ذلك
فى التوجيه الرابع وهو علم عروة يمكن ان يقال انه لا يحتاج الى علم المشترى بكونه فضوليا
واستيمانه بل يكفى علم العروة لو كان عالما بان المشترى كان راضيا بالبيع على اى حال ولو كان
فضوليا وانه كان يكون راضيا بتصرف العروة فيما دفع اليه لاشتغاله الى البيع ومما استدل
القوم على صحة العقد الفضولى بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولى فى الحر والعبد الثابتة بالنص
والاجماعات المحكية فان تمليك بضع الغير اذا لزم بالاجازة كان تمليك ماله اولى بذلك
مضافا الى ما علم من شدة الاهتمام فى عقد النكاح لانه يكون منه الولد كما فى بعض الاخبار
وقد اشار الى هذا الفحوى بعض واستدل بها فى الرياض بل قال انه لولاها اشكل الحكم من
جهة الاجماعات المحكية على المنع ولكن يشكل ذلك بعدم الاطمينان بتلك الفحوى اعنى
اقتضاء الاهتمام بعقد النكاح وكون الولد منه استلزام جواز العقد الفضولى فيه جوازها
فى سائر العقود لامكان دعوى اقتضاء ذلك توسعة الشارع فى امره حتى لا يقع الناس
فى محذور الحرام الا ترى انه اكتفى من سكوت الباكرة العفيفة بدلا عن الرضا فى النكاح مع
عدم كفايته بدلا عنه فى غيره وكذا اجاز قبول قول المرئة فيها فى غير مقام مع انه لا يقبل
قولها فى الحقوق المالية قطعا وبالجملة فلا وثوق لاقتضاء الفحوى ذلك ثم لو تم ذلك
الفحوى لا يوهنه ما ورد من الخبر الدال على العكس من الفارق بين تزويج الوكيل المعزول
مع الجهل بالعزل وبين بيعه بالصحة فى الثانى لعدم فوت المال عنه لان له عوض عما
تفرق منه مطلقا والبطلان فى الاول لان البضع يعوق عليه وليس له عوض يصح فرج
من غصب اخذنا هنا مطلقا حيث قال الامام عليه السلام فى مقام ردهم سبحان الله ما اجور هذا

هذا الحكم

هذا الحكم وافسده فان النكاح اولى واجدر لان يحتاط فيه لانه الفرج ويكون منه الولد
للخبر ودلالة الرواية بالفحوى على الاجدرية ملاحظة الاحتياط فى امر النكاح ومعلوم ان وجه
الاحتياط فى الرواية غير موجب لتوهم الظهور ان المراد من الرواية ردع طريقة العامة
حيث انهم لم يراعوا فى النكاح الاحتياط بملاحظة حال المتعاقدين اعنى الزوج والزوجة
فردعهم الامام عليه السلام بان مراعات الاحتياط فى حكم الشارع فلا يقعوا فى مخالفته فى امر
النكاح اجدر من مراعات حال الزوجين لان منه الولد فلم يبالون به لعله فى الواقع قد
يكون محققا فى الموارد التى لا يعلمون بتحققه فهذه قاعدة علم العباد بها ثم بين الحكم
الواقعى فى المقام وهو عدم انعزال الوكيل فصح النكاح لا جرم بحكاية حكم امير المؤمنين
عليه السلام فى حكم بصحة النكاح فى هذه القضية ويمكن ان يكون المراد ردعهم بعد فهم البعد
عن القاعدة المتقنة الجارية فى المقام والعمل على استحساناتهم الفاسدة وهى بقاء
الوكالة حتى يثبت المزيل وعدم الاعتناء بما يحتمل ان يكون مزيلا فالاعتناء به موجب
لترك الاحتياط فى امر النكاح ودفع البدعى مقتضاه سهولة وجرى فيه بعض الاحتمالات
الاخر وكيف كان فلا يضر ذلك بالاستدلال ولكنه ذكر الشيخ قدس سره فى المكاسب
فى توجيه الرواية ما ينافيه ولكنه لا يخلو عن تامل وانت بعد التامل فيما ذكرنا تعرف
ان ما استظهره من الرواية يمكن منعه مع ان الالتزام بما ذكره فى غاية الاشكال فراجع
ثم انه ربما يؤيد صحة الفضولى بل يستدل عليها بروايات كثيرة وردت فى مقامات خاصة
مثل موثقة جميل عن ابى عبد الله عليه السلام فى رجل دفع الى رجل مالا ليشترى به ضربا من
المتاع مضاربة فاشترى غير الذى امره قال هو ضامن والربح بينهما على ما شرط ومثل
روايات ابى اسحاق الواردة فى العبد المأذون وصحيح الاب وورثة الرابع وادعى كل منهم انه

[Margin note, beside line 2:] اجال

[Margin note, beside line 5:] احتياط

[Margin note, beside lines 3–4:] [illegible] فى مقام [illegible] الاحتياط [illegible]

[Margin note, beside line 8:] ذ [illegible]

[Margin note, diagonal, beside lines 8–11:] [illegible]

[Margin note, beside lines 18–19:] الذى دفع اليه المال ليشترى به نسمة [illegible] ابا [illegible] واقتصهم [illegible] مولى المأذون [illegible]

انه اشتراه بماله فقال ابو جعفر عليه السلام يرد المملوك رقا لمولاه واى الفريقين اقاموا البينة بعد ذلك على انه اشتراه بماله كان رقا له الخبر دل على انه لولا كفاية الاشتراء بعين مال الغير في تملك المبيع بعد مطالبته المتضمنة لاجازة البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال ولا اقامة البينة كافية في تملك المبيع ومنها ما دل على عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه معللا بانه لم يعص الله وانما عصى سيده ومفاده ان المانع من صحة العقد الذي لا يرجى زواله هو الموجب لوقوع العقد باطلا وهو عصيان الله تعالى واما المانع الذي يرجى زواله كعصيان السيد فبزواله يصح العقد ورضا المالك من هذا القبيل فانه لا يرضى اولا ويرضى ثانيا بخلاف سخط الله عز وجل بفعل فانه يستحيل رضاه وجعل هذه الروايات الواردة في خصوص العبد مؤيدا لا دليلا لاحتمال امكان الفرق بما فعله عبده وبين ما فعله غيره بحيث يؤثر الرضا في الاول دون الثاني واحتج للبطلان بالادلة الاربعة اما الكتاب فقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض دل بمفهوم الحصر او سياق التحديد على ان غير التجارة عن تراض او التجارة لا عن تراض غير مبيح لاكل مال الغير وان لحقها الرضا ومن المعلوم ان الفضولي غير داخل في المستثنى وفيه ما عرفت سابقا من كون الاستثناء منقطعا فلا يدل على الحصر والقيد وارد مورد الغالب لو قلنا بدلالته على المفهوم وقد اوضحنا فيما سبق فراجع هذا كله مع انه يصير تجارة للمالك بعد امضائه ويصدق عليها انها تجارة عن تراض واما السنة فهي اخبار كلها قاصرة الدلالة على افادة الحرام منها النبوي المستفيض وهو قوله صلى الله عليه وآله لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك ومنها النبوي الآخر لا بيع الا فيما تملك ومنها ما ورد في توقيع العسكري صلوات الله عليه الى الصفار لا يجوز بيع ما ليس يملك ومنها ما عن الحميري ان مولانا عجل الله فرجه كتب في جواب بعض مسائله

ان الضيعة

ان الضيعة لا يجوز ابتياعها الا من مالكها او بامره او رضى منه ومنها ما في الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد في ارض بفم النيل اشتراها رجل واهل الارض يقولون هي ارضنا واهل الاسياف يقولون هي من ارضنا فقال لا تشترها الا برضا اهلها ومنها في الصحيح عن محمد بن القاسم ابن الفضل في رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطايعهم فكتب عليها كتابا بانها قد قبضت المال ولم تقبضه فيعطيها المال ام يمنعها قال قل له يمنعها اشد المنع فانها باعت ما لم تملكه وهذا كله كما ترى غير مناف للمقصود اذ المقصود اثبات صحة البيع ووقوعها للمالك بعد الاجازة وهذه الاخبار تدل على ان البيع من غير المالك لا يترتب عليه الاثر المقصود منه اعني تحقق النقل والانتقال للبائع لان اغلبها مسوغ لبيان بطلان بيع الغاصب ومعلوم ان بطلانه في هذا المقام ليس الا عدم ترتب الاثر المقصود منه اما صيرورته عقدا للمالك بالاجازة فهو ليس من آثاره المقصودة مع ان الرواية النبوية بقرينة السؤال الظاهر يكون دفعا عن طريقتهم المعروفة وهي ان يبيع عن نفسه ثم يمضي ليشتريه من مالكه ومعلومات ذلك غير جائز اعني عدم وقوع عنه ولا ينافي ذلك وقوعه للمالك لو اجازه كما لا يخفى ويلحق الجواب انها تنفي ترتب الاثر المقصود منها اعني النقل والانتقال بفعل غير المالك وليس متعرضة للمقام الذي نحن بصدد اثباته وورود بعضها في غير هذا المقام واضح ولو ابيت الا عن شمول بعضها لما نحن فيه فنقول انها مخصوصة بالروايات الدالة على وقوع بيع الفضولي عن المالك كرواية محمد بن قيس وحديث العروة وغير ذلك لكونها اصرح دلالة كما لا يخفى واما رواية القاسم ابن الفضل فلا تدل الا على عدم جواز اعطاء الثمن بالفضولي لانه باع ما لا يملك وهذا حق لا ينافي صحة الفضولي وبالجملة فلا نضايق انه لا دلالة في تلك الاخبار باسرها على عدم وقوع بيع غير المالك

للمالك اذا اجاز ولا تعرض فيها الا للبيع وقوعها للعاقد الثالث الاجماعات المنقولة المستفيضة

على بطلان شراء الغاصب بعين المغصوب والجواب ان المدعى انه ان علم وقوعه للغاصب فقد سلم

وان اراد علم وقوعه للمالك بعد الاجازة فثبوت الاجماع فيه ممنوع بل المظنون عدمه

لذهاب بعض القدماء الى الصحة واطباق المتاخرين عليها على ما حكى عن فخر الدين وبعض

متاخري المتاخرين على ما نسب اليهم الرابع حكم العقل والنقل على عدم جواز التصرف في

مال الغير فيصير وقوعها للاجازة غير قاصد لترتب الاثار عليها تصرفا في مال الغير سلمنا كونه

تصرفا لكنه يمنع استقلال العقل بقبح مثل هذا التصرف كالاستظلال بجدار الغير

والاستضاءة بناره مع انا نفرض فيما لو علم شاهد الحال جواز مثل هذه التصرفات الجزئية التي

لا يفرع مضافا الى ان النهي في المعاملات غير موجب للفساد اذ غايته ما في الباب كونه السبب

حراما وذلك لا يدل على نفي سببيته نعم لو تعلق النهي على ترتب الاثر عليه يدل على انتفاء

وعدم حصول الاثر وليس ما نحن فيه منه كما لا يخفى ثم اذا لم يسبقه منع المالك المشهور انه يصح

بعد الاجازة وقد يتوهم البطلان كما نسب الى بعض لان الكراهة والمنع ثابتة حين وجود العقد

فهو بمنزلة الرد ولا يجدي فيه لحوقها بعد العقد ولو انا ما اذا المفروض انفكاك العقد

عن الرضا ولحوق الاجازة فيما بعد فيكون الرد اثره قبل تحقق الاجازة وضعفه ظاهر مما سبق

وظهر ان الخارج عن عموم وجوب الوفاء بالعقد لعدم حل مال الا بطيب النفس ونحوه الباقي تحت العموم

ولا يحكم وكيف كان ولو كان ما توهم بمنزلة الرد للزم الالتزام ببطلان عقد المكره وعدم صحته بلحوق

الاجازة وقد عرفت خلافه مع ان الظاهر ان المتوهم ايضا لا يلتزم بذلك وهذا كله لو باع الفضولي

للمالك وقد عرفت صحته بعد اجازته واما لو باع الفضولي لنفسه وهذا غالبا يكون في بيع الغاصب

وقد يتفق من غيره بزعم ملكيته المبيع والاقوى فيه المشهور انه يصح ويقع للمالك بعد اجازته وفاقا

مال الغير لا يجوز الاجازة ولا يترتب ... بيع مال الغير تصرف فيه والجواب منع كون العقد على المال ...

المشتري

٧٩

للمشهور للعمومات المتقدمة بالتقريب المتقدم وفحوى الصحة في النكاح على ما ذكرنا ولكنك

قد عرفت الخدشة في الفحوى عن الشيخ قدس سره فاستدلاله في هذا المورد بها لعله في

محله ويتوجه على هذا الحكم اشكالان احدهما ان هذا الشخص الفضولي العاقد لنفسه

كيف يقصد المعاوضة مع ان المعاوضة لا يعقل الا بخروج العوض عن ملك ويدخل

العوض في ملكه والمفروض انه لا يخرج عن ملك العاقد شيء فكيف يقصد المعاوضة

لنفسه والجواب بعد اختصاص ذلك بالغاصب دون من تخيل جهلا مالكية نفسه

ان الغاصب يجعل نفسه اولا مالكا ولو شرعا ثم يقصد المعاوضة فهو مالك ادعاء

فهذا نظير المجاز الادعائي وهذا المقدار يكفي في صحة انشاء المعاوضة وامكان قصدها

كما لا يخفى نعم لو لم يبن على ذلك لا يتحقق المعاوضة اصلا لما ذكر لامتناع القصد بها

وثانيهما ان الفضولي اذا قصد البيع لنفسه فان تعلقت اجازة المالك بهذا الذي قصده

البايع كان منافيا لصحة العقد لان معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثمن باجازته

وان تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستانف لا امضاء لنقل الفضولي فيكون

النقل المقصود غير مجاز والمجاز غير منشأ وقد اجيب عن الاشكال بما يرجع محصله الى كون

اجازة المالك عقدا جديدا من طرف المالك والمشتري فيكون على هذا نفس الاجازة

بمنزلة طرفي العقد اذ المفروض انه لم يتحقق من المشتري تبديل اخر ثانيا غير التبديل

المتحقق في ضمن العقد الاول الذي لم يترتب عليه الاثر فيكون الاجازة قائمة مقام الطرفين

وفيه انه خلاف الاجماع من توقف العقد على الطرفين اعني الايجاب والقبول والقول بكون

الاجازة عقدا مستانفا لم يعهد من احد من العلماء نعم حكى كاشف الرموز على ما حكي عن شيخه

كون الاجازة من مالك المبيع بيع مستقل فهو بيع بغير لفظ البيع قائم مقام ايجاب البايع وينضم اليه قبول

لنقل

اشترى

المشتري بتحقق العقد لكنه تركيب وهذا غير جار فيما نحن فيه لان المشتري قصد نقل الثمن
الى هذا الشخص البائع الغير المالك فليس قابلا للانضمام الى ايجاب المالك وتوضيحه انه
اذا قصد البائع البيع لنفسه فقد قصد المشتري تمليك الثمن له وتملك المبيع منه فاذا
بني على كونه وقوع البيع للمالك مغايرا لما وقع فكذا قبوله ايضا مغاير له لانطباقه على الا[يجاب]
الواقع فالاكتفاء عنه بمجرد اجازة المالك الراجعة الى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه
فكيف يلتزم بكفاية رضى المالك البائع واسناده عن رضا المشتري والتابع وهذا الذي ذكرناه انه خلاف
الاجماع فالاولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما اجيز وتوضيحه ان الفضولي انما قصد
تمليك المثمن للمشتري بازاء الثمن واما كون الثمن مالا له او لغيره فايجاب البيع ساكت عنه
وبعبارة اخرى ان مفهوم الايجاب ليس الا انشاء المعاوضة وقضيته دخول كل من العوضين
في ملك من خرج العوض الاخر عن ملكه وحيث ان البائع يملك المثمن بانيا على تملكه له و
تسلطه عليه عدوانا او اعتقادا لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن والتسلط عليه و
هذا معنى قصد البيع لنفسه وحيث ان المثمن ملك لمالكه فاذا اجاز المعاوضة انتقل
عوضه اليه فعلم من ذلك ان قصد البائع البيع لنفسه غير ماخوذ في مفهوم الايجاب حتى
يردد الامر في المقام بين المحذورين بل مفهوم الايجاب هو تمليك المثمن بعوض من دون
تعرض لمن يرجع اليه العوض الا باقتضاء المعاوضة لذلك ولا تتوهم ان هذا مناف لما
ذكرناه في الجواب عن الاشكال الاول من انه قصد بنفسه مالكا والا لا يعقل تحقق مفهوم
المعاوضة لان البناء المذكور لاجل صحة تحقق العقد بالمعاوضة وهذا وان كان تحققها
متوقفا عليه الا انه ليس ماخوذا في مفهومها لمفهوم المعاوضة وانشائها نفس هذا المعنى
فيه ذلك كما لا يخفى القول في الاجازة والكلام فيها يقع تارة في حكمها وشروطها واخرى في المجيز

وتارة في

في بيان ان الاجازة كاشفة او ناقلة

وتارة في المجاز اما حكمها فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي بعد اتفاقهم على توقفها
على الاجازة في كونها كاشفة بمعنى انه يحكم بعد الاجازة بحصول اثار العقد من حين وقوعه
حتى كان الاجازة وقعت مقارنة للعقد او ناقلة بمعنى ترتب اثار العقد من حينها حتى كان العقد
وقع حال الاجازة على قولين فالاكثر على الاول واستدل عليه كما عن جامع المقاصد والروضة
بان العقد سبب تام في الملك لعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وتمامه في الفضولي انما يعلم بالاجازة
فاذا تبين كونه تاما يوجب ترتب الملك عليه والا لزم ان لا يكون الوفاء بالعقد خاصة بل به مع شيء
اخر وبان الاجازة متعلقة بالعقد فهو رضى بمضمونه ومضمونه ليس الا نقل العوضين من حينه
ومحصل الدليل الاول وجوب مقارنة الاثر اعني الملكية مع مؤثره التام وهو العقد وعدم
جواز انفكاكه عنه ويؤيده في خصوص المورد مادة الوفاء لاقتضائها ترتب الاثار الملكية
من حين وقوع العقد ضرورة عدم صدق الوفاء بذلك العقد بترتيب الاثار بعد مضي
سنة ومحصل الدليل الثاني ان مدلول العقد ومفاده هو ذلك ولعلها مفاد الاجازة راجع
الى ذلك المضمون فيجب العمل على مقتضاه وحكي عن الشهيدين تقرير الدليل الاول بوجه اخر
وهو ان العقد الواقع جامع لجميع الشروط وكلها حاصلة الا رضا المالك فاذا حصل بالاجازة
عمل السبب عمله وهذان الدليلان بظاهرهما لا يخلو عن نظر ولا سيما اذا تقرر الدليل الاول
بالوجه الاخر اما الاول فلمنع كون العقد بنفسه سببا تاما للملك ضرورة تقييد الاثر بما دل
على اعتبار الرضا وانه لا يحل مال امرئ الا عن طيب نفسه فاذا كان للطيب مدخلية في التاثير
يمتنع تحقق الاثر قبل تمامية المؤثر وتوهم كون الاجازة كاشفة عن الرضا المقارن للعقد
يدفعه ان الاجازة لا تدل الا على الرضا حال الاجازة لا حال العقد مضافا الى ان الظاهر
انه ليس من شرائط صحة الفضولي عند القائلين به الرضا المقارن بل قد عرفت فيما سبق امكان دعوى

منع كون العقد الصادر من غير المالك المقارن برضاه فضوليا وبما ذكرنا ظهر ان تقرير الدليل
بالوجه الاخير ايضا فاسد لا عن ان المستدل جعل علية وبما ذكرنا ظهر الرضاء في التاثير وانه من
جملة الشروط واذا كان من جملة الشروط فكيف يكون كاشفا عن وجود المشروط قبله وما في
يدعى من امكان في تلك الشروط الشرعية دون العقلية لان اناطتها في الشرعية بجعل الشارع ويمكن
ان يجعل الشارع المتاخر شرطا كما في بعض الاسباب الشرعية مثل غسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة
الصائمة وغيره من النظائر الظاهرة يبني انه ايضا فاسد لان امكان تحققه قبله ينافي التوقف
والشرطية اذ الحكم بالامتناع بعد فرض التوقف عليه غاية الامر مجعولية اصل التوقف
الاشتراط واما بعد الجعل فامتناع تحقق المشروط بدونه وهذا خلاف المفروض فهذه
الدعوى بمنزلة ان يقال ان التناقض الشرعي المانع عن اجتماعهما لان الكلام النقيض
الشرعي عين النقيض العقلي ومن البين فساده اذا عرفت ذلك علمت ان جميع ما وردها يوهم
كونه من هذا القبيل لا بد من ارتكاب التوجيه فيه بعد استقلال العقل مثلا ان يقال المتاخر شرط
لا الشرط متاخر وهذا الوصف وان كان امرا اعتباريا منتزعا الا ان له حظا من الوجود كالفوقية
والتحتية وغيرهما من الاضافات والامور الاعتبارية ولها اثار واحكام فيمكن ان يكون شيئا
منها سببا او شرطا لامر اعتباري اخر ولعل هذا مراد من ادعى تجويز تاخر الشروط عن المشروط
فيكون مراده انه لما كان الاحكام الشرعية واسبابها امورا اعتبارية كالزوجية والملكية
ونحو ذلك يمكن فيها جعل المتاخر شرطا بمعنى ان يجعل تعقب شيء شرطا للملكية شيء ونحو ذلك
فيكون هذا الوصف المنتزع الاعتباري فيه ومثله عن محله ان يكون شرطا في الاشياء المتاصلة
الخارجية التي يتوقف تحققها في الخارج عليها لان الامر الاعتباري غير قابل للتاثير في المتاصل
الحقيقي ولو طرو في الخارج ما يتوهم منه التاثير في الاشياء المتاصلة فهو انما يكون من منشأ انتزاعها

الّا انها

لا منها وهذا ظاهر لمن له ادنى تامل ثم انه قد يقال مثل ذلك في توجيه كلام المحقق حيث قال
ان العقد سبب تام في الملك وتماميته في الفضولي انما يعرض بالاجازة وتقريب التوجيه
ان العقد المتعقب بالاجازة مثلا سبب تام لحصول الملك فهذا الوصف الاعتباري اعني كونه
متعقبا بها شرط في ترتب الاثر عليه وكونه واجدا لهذا الشرط الذي به يتحقق تمام
السبب انما يعلم بالاجازة وهذا التوجيه مما احتمله بعض الاعلام بل التزم به جماعة ممن تقارب
عصرنا من ان معنى شرطية الاجازة كونها كاشفا عن تحقق الوصف المنتزع وهو كونها لاحقة
للعقد في المستقبل فالعلة التامة العقد الملحوق بالاجازة وهذه صفة مقارنة
للعقد وان كان نفس الاجازة متاخرة عنه ولازم ذلك الالتزام بجواز التصرف للمشتري
في المبيع لو علم بان المالك سيجيز العقد والظاهر ان الالتزام به مشكل وليضعف هذا التوجيه
ان الظاهر من دليل الحل وجواز الاكل شرطية نفس الرضا لجواز التصرف لا الوصف المنتزع
كما لا يخفى وقد يوجه كلام المحقق قدس سره بتوجيهين اخرين احدهما ان نفس الرضا باعتبار
وجودها ~~ان يوجد فيه شيء العقد ثالث من الشرائط~~ فليس للزمان مدخلية في التاثير
وهو بهذا الاعتبار موجود في ظرف وجوده ~~المطلق مع قطع النظر عن الزمان شرط ...~~
~~للزمان مدخلية للتاثير وهو بهذا الاعتبار موجود في ظرف~~ وجوده ازلا وابدا فيؤثر
في العقد تاثيره فالشرط هو الرضا في الجملة في اي زمان كان من غير مدخلية الزمان
بل الاعتبار الغاء هذه الخصوصية ويرد على هذا التوجيه ان الرضا المطلق بهذا الاعتبار
ايضا غير صالح في التاثير غير موجب لتقارن الموجود الخارجي الذي من جملة مشخصاته الزمان
مع ما هو متقدم عليه في الزمان حتى يؤثر فيه وكيف لا والايجاد تقدم جميع المعلولات
عن عللها الفاعلية التي لا مدخلية للزمان في عليتها كما لا يخفى وثانيهما ان يقال ان العقد

فثمة قسم لا يقترن بالرضا اصلا وقسم يقترن به في الجملة واما القسم الذي لا يقترن به اصلا
لا يجب الوفاء به قطعا لتخصيص دليل الوفاء بدليل الطيب واما القسم الاخر فهو باق تحت العموم
للمخالفة الطيب في هذا القسم حتى يقال ان الطيب جزء المؤثر ولا يؤثر العقد قبل تحققه بل
لاجل اقتران هذا القسم من العقد على خصوصية لا نعلمها فيكون معرفا عن هذا القسم كون
القسمين في نظرنا على حد سواء مع قطع النظر عن الطيب من حيث يكونهما في الواقع كذلك
اذ من الجائز ان يكون لكل من القسمين خصوصية لا يعلمها الا علام الغيوب وصارت
خصوصية هذا القسم سببا للحكم بوجوب الوفاء وللقسم الاخر بنفيها ويرد هذا التوجيه
مضافا الى كونه بعيدا من اصله ظهور ادلة الطيب في كون نفس الطيب معرفا عنها فافهم واما (لانه لا وجه لاختصاص ... اعني كون الطيب ... صح)
الدليل الثاني فقد اورد عليه شيخ مشايخنا قدس سره في المكاسب اولا ان الاجازة وان كانت
رضى بمضمون العقد الا ان مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتى يتعلق الاجازة والرضا
بذلك النقل المقيد بكونه في ذلك الحال بل هو نفس النقل مجردا عن ملاحظة وقوعه في زمان
وانما الزمان من ضروريات انشائه فان قول العاقد بعتك ليس نقلت من هذا الحين وان كان
النقل المنشئ به واقعا في ذلك الحين فالزمان ظرف للنقل لا قيد له فكما ان انشاء
مجرد النقل الذي هو مضمون العقد في زمان يوجب وقوعه من المنشئ في ذلك الزمان فكذلك
اجازة ذلك النقل في زمان يوجب وقوعه من المجيز في زمان الاجازة وكما ان
الشارع اذا امضى نفس العقد وقع النقل من زمانه فكذلك اذا امضى اجازة المالك
وقع النقل من زمان امضائه الاجازة ولاجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك
من زمان الايجاب مع انه ليس الا رضى بمضمون الايجاب فلو كان مضمون الايجاب النقل من حينه
وكان القبول رضى بذلك كان معنى امضائه الشارع للعقد الحكم بترتب الاثر من حين الايجاب

لان

لان الموجب ينقل من حينه والقابل يتقبل ذلك ويرضى به ثم اورد عليه قدس سره ثانيا
بما حاصله انا سلمنا كون مضمون العقد هو النقل من حينه وان الاجازة هو الرضا
بهذا المضمون لكن نقول لم يدل دليل على امضاء الشارع لاجازة المالك على هذا
الوجه لان وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجه الى العاقدين كوجوب الوفاء
بالعهود والنذور ومن المعلوم ان المالك لا يصير عاقدا او بمنزلته الا بعد الاجازة
فلا يجب الوفاء الا بعدها ومن المعلوم ان الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي فما لم يجب الوفاء
فلا ملك ثم اورد عليه قدس سره ثالثا بما ملخصه انا لو سلمنا كون مفهومها العرفي كما ذكرت
وان الدليل يعني عموم اوفوا بالعقود كشفت وذلك عن امضاء الشارع لها على طبق مفهومها العرفي
يعني جعل العقد جائزا نافذا من زمان وقوعه لكن نقول ان هذا المعنى على حقيقته غير معقول
لان العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوقه صفة التأثير له لاستحالة خروج
الشيء عما وقع عليه فاذا دل الدليل الشرعي على امضاء الاجازة على هذا الوجه الغير
المعقول فلا بد من صرفه بدلالة الاقتضاء الى ارادة معاملة العقد بعد الاجازة
معاملة العقد الواقع مؤثرا من حيث ترتب الاثار الممكنة فاذا اجاز المالك حكمنا
بانتقال نماء المبيع بعد العقد الى المشتري وان كان اصل الملك قبل الاجازة للمالك
ووقع النماء في ملكه والحاصل انه يعامل بعد الاجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا
من حينه بالنسبة الى ما امكن من الاثار وهذا نقل حقيقي في حكم الكشف من بعض
الجهات انتهى اقول مقتضى الانصاف ان مضمون العقد ومفهومه وان كان معراة عن
عن الزمان ولا يكون الزمان مأخوذا في مفهوم العقد الا انه من خصوصيات الانشاء
ولوازمه كما اعترف به الشيخ قدس سره من انه من ضروريات وجوده ولا ريب ان الاجازة

انما تتعلق بذلك العقد الخاص الذي حلية مشخصاته الزمان الماضي وليس لرمع قطع النظر عن الزمان وجود اصلا حتى ينضم بالاجازة في زمان الاجازة توضيح ان العقد الواقع في الامس لا وجود له فيما بعد الامس سواء كان المفهوم ماخوذا في مفهوم العقد او عنه ملحوظا معه اصلا بل كان مفهومه منحصرا في نفس الانشاء ضرورة كون الانشاء المسبب فلو ما العقد جزئيا خارجيا موجودا في ظرف وجوده ولا وجود له فيما بعد هذا الزمان نعم له اثر مستمر وهو الملكية من زمان حدوثه الى الآخر بدلا مثلا وعلى هذا فامضاء العقد ليس الا الرضا بالنقل الخارجي الذي انشاء في الامس الذي لا وجود لها فيما بعد الامس واعتبار عدم كون الزمان الاطراف له غير موجب لصيرورته محيطا بالآخر فالاجازة انما انطبق على ما وقع وهو العقد المتحقق في الزمان الماضي ويؤيد ذلك انا اذا راجعنا وجداننا انه لو قال المشتري اني رضيت بنقل الملك الصادر من زيد مثلا من حد الحين لم يكن ذلك اجازة وامضاء للنقل الصادر منه فان ذلك امضاء للعقد في نظر العرف بشهادة الوجدان فمقتضى ما ذكرنا ان الاجازة انما تتعلق بذلك العقد الخاص ويصير العقد الخاص بسبب الاجازة عقدا للمالك وللحاصل ان معنى الاجازة بمقتضى مفهومها العرفي هو الرضا بما صنع العقد الخارجي الواقع في الامس فيصير العقد الخارجي الصادر في الامس عقدا للمجيز حين اجازة لاجل الاجازة فح نقول اذا دل الدليل انه يجب الوفاء بذلك العقد معناه وجوب العمل بمقتضاه ومؤداه العرفي وقد عرفنا ان مؤدى الاجازة ومضمونها امضاء العقد الماضي من زمان حدوثه على ما ذكرنا فيتوجه ايراد الثالث الذي ذكره فلابد من الالتزام بالكشف الحكمي الذي ذكره كما ذكره وسيجيء توضيحه مزيد توضيح لذلك ان شاء الله ثم ان ما ذكره قدس سره من المنقوض بالقبول فعنده الفرق بين القبول والاجازة بيان ذلك ان القبول ليس مجرد امضاء الايجاب بل هو مشتمل

فضولي في السنة السابقة مثلا في زمان باقيه الى من حصب باصله من زمان صدور الفعل منه

على انشاء التمليك

على انشاء التمليك كما ان الايجاب مشتمل على انشاء التمليك وكيف لا وقد تسالموا على ان القبول ركن العقد مع ان القبول لو كان امضاء للايجاب للزم ان يكون الايجاب وحده تمام العقد ولا يلزم صحته به وهذا بخلاف الاجازة فانها منطبقة على عقد تام مشتمل على الايجاب والقبول توضيح الفرق انا لو التزمنا بان العقد يدل بمفهومه على وقوع الاثر من حينه لا يلزم ذلك ورود النقض بالقبول لان القبول ركن العقد مشتمل على الانشاء ولابد على صرف النقل الايجابي اثر حتى يترتب من حين الايجاب ضرورة عدم تحقق الاثر قبل تمامية المؤثر والمفروض ان الانشاء الذي يتضمنه القبول احد ركني العقد وهو لانه حين انشائه فلفظ قبلت البيع بمنزلة اشتريت وهذا يقتضي وقوع الشراء من حينه على هذا القول لا من حين البيع ومعلوم ان ذلك ليس اخبارا عن وقوع الشراء حين تحقق البيع كما لا يخفى ومحصل ما ذكرنا ان العقد مركب من ايجاب وقبول وكل منها مشتمل على انشائين احدهما اصلي والآخر تبعي فقول البائع بعتك هذا بدرهم مشتمل على انشاء تمليك الثمن ونقله الى المشتري بالاصالة وانشاء انتقال الثمن وتملكه عوضا عن المبيع تطفلا وكذا قول المشتري اشتريته بدرهم مشتمل للانشاء تملك المثمن ونقل الثمن عوضا له فكما ان الايجاب يقتضي وقوع النقل من حينه كذلك القبول يقتضي وقوع التملك من حينه والمفروض ان الملكية من آثار تمام العقد وتماميته انما يتحقق حين انشاء القبول نعم لو التزم بان القبول مجرد الرضا بالايجاب لتم النقض اذ الاجازة في الفضولي انما يتحقق بعد تمام العقد بركنيه وهي ليست الا الرضا بما وقع ولذا لو فرض تجريد القبول عن الانشاء بحيث لا يقصد به سوى الرضا بالايجاب من دون انشاء الانتقال لا نلتزم بصحة العقد وتماميته ثم انا وان لم نلتزم بدلالة العقد بمفهومه اللفظي على وقوع الاثر من النقل

تفسير

من حينه الآن مقتضى ما ذكرنا من كون الوفاء من خصوصيات العقد هو ان يقال ان الاجازة واقعة على هذا العقد الخاص اقتضى حصول الملكية من حينه وهذا هو مقتضى مفهومها العرفي
العرفي ولكنك قد عرفت كما ذكر في الايراد الثالث امتناع صيرورة الاجازة سببا لتأثير العقد
من وقوع ضرورة استحالة انقلاب الشيء عما وقع وقد وقع العقد غير مؤثر الى زمان الاجازة
فكيف ينقلب مؤثرا فالاجازة وان كانت سببا لصيرورة هذا الخاص الواقع في الامر مثلا
عقدا للمجيز الا انه لا يتمكن ان يكون ذلك العقد مؤثرا من زمان صدوره اذ الزمان الماضي
لا يعيد حتى يؤثر العقد الموجود بصفة عدم التأثير اثره فعلى هذا لو دل الدليل على ان
هذا العقد الخاص يجب الوفاء به ومعلوم ان الوفاء بالعقد عبارة عن الالتزام بمؤداه
وقد عرفت ان مؤداه حصول النقل من حينه وقد تبين ان الالتزام بذلك من زمان الحصول
غير معقول فلا بد من صرف ذلك الدليل اما بان يقال انه مقيد بالامكان وان الوفاء
به فيما مضى من الزمان مستحيل والممكن من الوفاء به انما هو بالنسبة الى المستقبل فيكون
ذلك الدليل دليلا على صحة هذا العقد الفضولي وكونه ناقلا من زمان الاجازة واما ان
يقال انه يدل على وجوب ترتيب الآثار شرعا على هذا العقد وعدم جواز رفع اليد عنه بقدر
الامكان فالالتزام بمدلول العقد في الماضي اعني تحقق الملكية فيه وان لم يكن ممكنا
لكنا الآن ترتيب آثار الملكية المتقدمة ممكن في زمان الاجازة مثلا استيفاء المنفعة
واخذ البدل على صورة التلف على احتمال فالوفاء بهذا العقد بالنسبة الى الزمان الماضي
هو ترتيب آثار الملك فيه حكما بقدر الامكان وفي المستقبل ترتيب الآثار حقيقة والالتزام بمحضه
واقعا ولا يلزم على ذلك استعمال اللفظ في معناه الحقيقي والمجازي لاستعماله في الجامع بينهما
مثلا ان يقال لا يجوز رفع اليد عن العقد الواقع وانه اوف به بكل ما امكنك من الوفاء ولو حكما

كما لا يخفى

كما لا يخفى فعلى هذا يكون ذلك دليلا للكشف الحكمي هذا اذا لم نقل بكون ذلك بالنسبة الى
الزمان الماضي وفاء حقيقة واما اذا قلنا بصدقه عليه وكون ذلك وفاء حقيقة بهذا
العقد كما انه ليس ببعيد او قلنا بانه ذلك مرتبة من الوفاء فيكون الوفاء فان ما لا
يدرك كله لا يترك كله فلا اشكال في كون هذا المعنى معينا وكونه دليلا على صحة
الفضولي وكون الاجازة ناقلة للحكم بحكم الكشف فالنتيجة الكشف الحكمي كما لا يخفى
مما ذكرنا تبين حال ما دل على وجوب الوفاء بالعقود من كيفية شموله لهذا العقد بعد
صيرورته عقدا للمجيز اذ الامر دائر بين علاحظة امكان الوفاء به حقيقة من اول زمان
صدوره بناء على صدق الوفاء وعلى النحو المذكور بين ان يقال ان هذا الفرد من العقد
خارج عن العموم رأسا فيكون بالنسبة اليه مخصصا والترتيب عليه حكم بعدم امكان الوفاء
به بمعنى الدليل على هذا انه يجب الوفاء بكل عقد الا هذا الفرد الذي لا يمكن الوفاء
به وبين ان يقال انه يشمل هذا العقد ايضا ولكنه يقيد بالنسبة اليه بالمقدار المقدور
الممكن وهذا العقد وان لم يمكن الوفاء به بالنسبة الى الزمان الماضي ولكنه بالنسبة
الى المستقبل ممكن فيشمله بالنسبة اليه فمعناه انه يجب الوفاء بكل عقد بقدر ما يمكن
فما لا يمكن الوفاء به خارج عن مدلوله وبين ان يقال انه يجب الوفاء بكل عقد بكل مقدار
يمكن من الوفاء ويقال ان ما ذكرنا من مرتبة من الوفاء وان لم يكن حقيقة ولكنه في حكم
الوفاء الحقيقي فقد عرفت مراد هذه الاحتمالات كما هو مطلع فرض عدم الالتزام بكون
ذلك وفاء حقيقة والا فلا شبهة في كون الاحتمال الاخير متعينا ثم ان المتعين من
تلك الاحتمالات هو الاخير اولا شبهة ولا خلاف في شمول الآية لهذا العقد
بعد صيرورته عقدا للمجيز بناء على صحة الفضولي لانه وان وقع الخلاف في صحته ولكنه

بعد الالتزام بالصحة لا كلام في شمولها له والمزدوحي في المقام هو الفراغ عن صحته وهذا
ونع للاحتمال الاول واما الاحتمالين الاخيرين فلا يبعد دعوى كون الثاني منهما ارجح
بحسب المتفاهم العرفي لامكان دعوى ان الاية مسوقة لبيان عدم جواز رفع اليد عما
التزم الانسان على نفسه وانه يجب العمل على مقتضى التزامه مهما امكن ولا التزام
بلوازمه فعلى هذا يدل على انه لو لم يمكن تمام الوفاء والعمل بما قال فلا اقل من الالتزام
باللوازم والاثار الممكنة بالنسبة الى الزمان الماضي بعد الاجازة لا بمعنى ترتيب الاثار
الممكنة والالتزام بها في المستقبل يؤخذ بتمام مقتضاه نعم وهذا معنى الحكم الكشفي
الكشف الحكمي فتحصل مما ذكرنا ان الاقرب بحسب المتفاهم العرفي وما هو بان [illegible] القول
هو الكشف هو الحكمي ثم النقل واما الكشف الحقيقي على ان يكون الرضا شرطا متأخرا
فغير معقول فافهم ويدل على ما اخترناه اعني الكشف الحكمي مضافا الى ما ذكرنا بعض الاخبار
الخاصة الواردة في بعض الموارد الدالة على وجوب ترتيب اثار الملك من زمان وقوع العقد
وهذه تبطل الكشف الحقيقي بتعين حملها عليه كما لا يخفى منها صحيحة محمد بن قيس حيث
يظهر منها ان علاج فكاك ولد بجبس وليدة السيد وانه يجب سببا لاجازة عقده وبعد الاجازة
لا بد له من فكاك الولد وهذا لا يتم الا على الكشف لان الاجازة على القول بالنقل
غير موجب لفكاك الولد ضرورة حصول النقل بعدها فالسبب المجوز للحبس غير مرتفع بها
توضيح ذلك انا بعدما وجهنا حبس الولد وحملنا بان ذلك انما يكون لاجل نقله لكونه نماء
في ملكه فهذه العلة باقية مطلقا حتى يخرج عن عهدة الثمن سواء اجازه ام لا ولو قلنا بكون
الاجازة ناقلة واما اذا قلنا بكونها كاشفة وانه يجب بعد الاجازة ترتيب احكام الملك من زمان
العقد بقدر الامكان فالنماء للمشتري ويكون الحبس علاج لفكاك الولد لكونه سببا للاجازة

الموجبة لصيرورة

الموجبة لصيرورة النماء له فليس للمالك حبسه بعدها فافهم ومنها صحيحة ابي عبيدة الواردة
في تزويج الصغيرين فضولا الامرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي اجاز فمات
للزوجة الغير المدركة حتى تدرك وتحلف وهذه الصحيحة يستظهر منها في بادي النظر ان
الاجازة موجبة لكون العقد الواقع مؤثرا من حين وقوعه وكاشفة عن التاثير من هذا
الحين اذ لا وجه للحكم بالعزل الا على هذا القول اذ على القول بالنقل ينافي ذلك سلطنة
الملاك على اموالهم مع ان الاجازة غير مؤثرة اصلا على هذا القول لفوات المحل والتوارث
انما تحقق قبلها وهذه الرواية كما انها تنافي القول بالنقل كذلك تنافي الكشف الحكمي
ايضا بظاهرها لان الميراث على هذا القول ايضا باق على ملك الورثة غاية الامر انه بعد الاجازة
يجب ترتيب الاثار من اول الامر بقدر الامكان فالحكم بالعزل ح مناف لسلطنتهم على اموالهم
وهذا بخلاف الكشف الحقيقي لعدم احراز كونهم مالكين الا بالاصل اعني اصالة عدم
تحقق الاجازة الراجعة الى اصالة عدم تاثير السبب ويمكن رفع اليد عنه للاحتياط
على احتمال كونه في الواقع ملكا للزوجة واما الكشف الحكمي فهو في الحقيقة ملك لهم
وواقعا العزل على الكشف الحقيقي ليس الا مخالفا للاصل اعني الحكم الظاهري وعلى الكشف
الحكمي مع انه مخالف له مناف لقاعدة السلطنة ايضا هذا لكنك بعدما عرفت من عدم امكان
الالتزام بالكشف الحقيقي فلا بد من الالتزام بكونه ايضا بحكم الاحتياط في الاموال وان
حكم الشارع بالعزل لاحتمال [illegible] ذي الحق فيما بعد ولاجل ذلك حكم بوجوب الحفظ
حتى تصل الى مستحقه [illegible] وهذا لترجيح الجري على القول بالنقل اصلا [illegible]
[illegible] الكلام في بيان الثمرة وينبغي التنبيه على امور الاول ان الخلاف في كون الاجازة
كاشفة او ناقلة ليس في مفهومها اللغوي او العرفي بل في حكمها الشرعي بمعنى انه هل المجعول

نسخة الاصل خالية عن ذكر الثمرة ومحلها ابيض [illegible]

في هذا العقد الواقع فضولاً وجوب الوفاء من حينه او من زمان الاجازة مع قطع النظر عن
الاجازة ومدلولها انه مقتضى بعض الادلة المذكورة سابقا للكشف وكذا الاجوبة المنقولة
عنها من القائلين هو الالتزام باحدهما على فرض تعيين معناها حيث قالوا في الاستدلال
بان الاجازة تدل على الرضا بمضمون العقد وهو التمليك من حين وقوعه وكذا رده بان الزمان
ليس ماخوذا في معناها الايجاب والقبول والا لكان ماخوذا في معنى الاجازة ايضا فمقتضاها
التأثير من حين وجوده فمع هذا يكون الاختلاف في معناها مدركا لهذا الاختلاف لا بمقتضى
ذلك الدليل وهذا الخلاف انما هو في الحكم الشرعي الثابت لهذا العقد بملاحظة اعتبار رضى
المالك وادلة وجوب الوفاء بالعقود وغيرها من الادلة الخارجية من انه هل يوجب تأثير
العقد من حين وقوعه او من حين تحقق الرضاء او انه يستكشف من تأثير العقد بمقتضى الادلة
على نحو تحقق الرضا فلو قصد المجيز الامضاء من حين الاجازة على القول بالكشف
او الامضاء من حين العقد على القول بالنقل فوقع صحيحا اعني سببيتها لتأثير العقد
على وفق مؤديها لا مطلق التأثير باي نحو من الانحاء اذ ربما يكفي الالتزام بتأثيرها الا
على وفق مؤديها على بعض التقادير بناء على القول بالفساد فانهم وفسادها على كل
من التقديرين وجهان اما وجه الصحة في الاول فلانها امضاء لبعض مؤديها فيكون
كامضاء بعض المبيع فهذا نظير تبعض الصفقة في الازمان واما التكلم في ثبوت الخيار
على هذا العقد فخارج عما نحن بصدده ووجه الفساد ان هذا العقد لا يصلح الا للتأثير
من حين وقوعه فعدم التأثير في الزمان الاول وتأثيره في اللاحق مستلزم للانفكاك
المؤثر عن اثره وليس العقد السابق صالحا للتأثير من حين الاجازة بل يحتاج الى عقد جديد
وبعبارة اوفى ان المعقود عليه غير ممضا وان الذي امضاه المجيز غير معقود عليه ووجه الصحة

في الثاني

في الثاني ان الحكم الشرعي اعني وجوب الوفاء يتبع موضوعه بحسب المتفاهم العرفي واذا
اقتضى الموضوع بالمصلحة الالتزام بالاثار من حيث العقد فيجب الوفاء به كما هو مقتضى
الجزاء المذكور حيث يظهر منه ان الالتزام بالنقل لعدم اعتبار الزمان قيدا في مفهوم العقد
في مفهوم العقد والاجازة فيؤثر الاجازة من حين وقوعه وليس موجبا للتأثير العقد
من زمان وقوعه فلو اعتبر وصرح به بحيث يكون قيدا فمقتضاه تأثير العقد من حين وقوعه
كما لا يخفى ووجه الفساد امتناع تحقق المسبب قبل تمام السبب فتأثير الاجازة التي هي شرط
لتأثير العقد في تأثيره من حين وقوعه مستحيل وقد تقدم الكلام في بيان ذلك مستوفاه التنبيه
الثاني ان الظاهر انه كما يتحقق الاجازة باللفظ الصريح كذلك يتحقق بالكناية وبالافعال
الدالة على امضاء المعاملة كالتصرف في المبيع بعنوان كونه مبيعا لا بغيره من العناوين
كالغصب مثلا واما كفاية مطلق الرضا ففيها اشكال ولكن الظاهر حينئذ ان مقتضى قوله
تعالى احل الله البيع لدلالته على حلية البيع ذاتا مضافا الى دلالة الطيب في حلية البيع الفضولي
ولزومه بعد اقترانه برضا المالك فيستفاد منها عدم اعتبار مقارنة الطيب وسبقه
مع العقد بل يكفي تحققه مطلقا سواء قارن العقد ام لا فهذا بالنسبة الى دليل
الحل واما ما دل على وجوب الوفاء بالعقود فصدقه على هذا العقد بحيث يكون ذلك
العقد بعد الرضا عقدا له حتى يلزم الوفاء به بسبب ذلك الدليل فلا يخلو عن تأمل لما عرفت
سابقا من ان الظاهر من الاية والله اعلم بعد كونه خطابا بالملاك الاموال وجوب وفاء
كل مالك بعقوده والالتزام بما عقده انه لا وجوب الوفاء بكل عقد وقع في مال اي
شخص كان ولكنه خرج عن العموم المعهود الذي لم يرض بها بمقتضى ادلة الطيب كما في قوله
اوفوا بالنذر واوف بالوعد وغيره حيث انها بحسب الظاهر بمنزلة قولك اوف بنذرك

واو

وافق عهلك لا ايجل بل تعلق فحقك وهذه الظهور للمناسبة بين الحكم وموضوعه كما
لا يخفى وعلى هذا فصيرورة المالك مكلفا بوجوب الوفاء بعد كونه راضيا فرع الاضافة بكونه
عاقدا حتى يصح في حقه ان يقال اوف بعقدك والاضافة بمجرد حصول الرضا منه بالعقد من دون
مظهر لا يخلو عن تامل بخلاف ما لو اظهره بلفظ او فعل فان الظاهر حصول الاضافة به في نظر العرف
هذا وقد يذكر تاييدا لكفاية مطلق الرضا في الاجازة بل دليلا عليها ما ذكره بعضهم من انه
يكفي في اجازة البكر للعقد الواقع عليها فضولا سكوتها وكذا ما ورد في بعض الاخبار في بعض
الموارد الدالة على كون السكوت اقرارا والظاهر كون سكوت البكر امضاء للعقد مستفاد
منها ومستندا اليها وكيف كان يمكن المناقشة فيها بان الكلام في كفاية الرضا من حيث هو
سواء دل كاشف عليه ام لا حيث لو رضي بالعقد فيما بينه وبين الله ولم يظهر بقول ونحوه
لو خالفه يجب عليه الالتزام وهذه الاخبار لا ينهض دليلا عليها لكون الرضا قرينة عليه فهذه
لا يثبت الا الصحة فيما لو اظهر الرضا بشيء ولو بظاهر حاله والظاهر ان هذا المورد مما لا
اشكال فيه لاندراج السكوت تحت الفعل الدال على امضاء المعاملة كالتصرف في الثمن
وقد ذكرنا ان الظاهر كفايته في اجازة العقد وانفاذه ولا يشترط فيها كونها باللفظ
الصريح مع انه يمكن ان يقال انه جعل سكوت البكر اجازة تعبدا وان لم يفد القطع بالرضا
دفعا للحرج عليها وعلينا والتمسك لاثبات كفاية مجرد الرضا بما ورد فيمن تزوج في حال
السكر انها اذا اقامت بعدما افاقت لذلك رضى منها فلا يخلو عن اشكال اذ لا شبهة
في بطلان عقد السكران فلا بد من حمل الرواية على ورودها في مرتبة من السكر التي لا يزول معها
العقل والشعور وعلى هذا فلا يترتب على الرضاء اللاحق فاللازم ارتكاب التاويل في الرواية
فلا يثبت به المدعى ثم لا يخفى ان هذه الادلة وان لم ينهض لاثبات كفاية مجرد الرضا الا انك

عرفت انه

عرفت انه يكفي لاثبات دليل الحل منضما الى دليل الطيب الا انه يشكل ذلك بان لازمه كفاية
الرضا المقارن للعقد في صحته بالاولوية القطعية مع ان الظاهر ان الاصحاب لا يلتزمون
بذلك والتزم انه لو كان مجرد الرضا ملزما لكان مجرد الكراهة ايضا فاسخا مع ان الظاهر
انه لا يلتزم به احد ويمكن ان يقال ان انحلال العقد وخروجه عن اهلية التاثير لما كان
مخالفا للاصل فيقتصر فيه على القدر المتيقن الثابت بالدليل اعني صورة الرد واما مجرد
الكراهة فلا فقياسه على الرضا قياس مع الفارق فافهم التنبيه الثالث
انه من شروط الاجازة ان لا يسبقها الرد اذ بعد الرد ينفسخ العقد فلا يبقى قابلا للحوق
الاجازة ولا ينصب بالاجازة بعد الرد ذلك العقد عقدا له حتى يجب عليه الوفاء به
لاخلاله قبلها بالرد واما توهم كفاية ما دل على حلية البيع منضما الى دلالة اعتبار الرضا
لاثبات صحتها فمدفوع بالاجماع اذ الظاهر ان المسئلة اجماعية فعلى هذا ما ورد في بعض
الروايات حيث يستظهر منها تاثير الاجازة بعد الرد فلمؤول او يطرح التنبيه الرابع الظاهر
ان الاجازة ليست من الحقوق المالية حتى يورث بل هو حكم من الاحكام وهي اثر من اثار
سلطنة المالك على ماله فهل للورثة الاجازة ام لا متفرع على القول بجواز مغايرة
المجيز للمالك حال العقد وعدمه وسيجيء حكمه ان شاء الله التنبيه الخامس قال الشيخ قدس سره
اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن ولا لاقباض المبيع ولو اجازهما صريحا او فهم اجازتهما
من اجازة البيع مضت الاجازة لان مرجع اجازة القبض الى اسقاط ضمان الثمن عن عهدة
المشتري ومرجع اجازة الاقباض الى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع فيترتب
عليه جميع الاثار المترتبة على قبض المبيع لكن ما ذكرنا انما يصح في قبض الثمن المعين وهذا
الكلام انما يتم لو قلنا بكون الضمان حقا ولو قلنا بكونه حكما شرعيا كما هو مختاره على ما يستظهر

من بعض كلماته فليس قابلا للاسقاط كما لا يخفى وعلى هذا فيشكل الامر في قبض المبيع المعين ايضا ويمكن
ان يقال ان القبض الحقيقي وان كان عبارة عن وصول العين المقبوضة الى يد القابض ولا يتحقق ذلك بفعل الغير
وان امضاه لان الامضاء للقبض ليس قبضا وهذا بخلاف الوكيل لانه يد له الا انه للموكل الا ان القبض
المعتبر في المقام ليس الا القبض العرفي وكذلك الاداء ولا ريب انه لو اعطى الودعي الوديعة
الى ولد المالك او شخص اخر ثم اخبره بذلك فامضاه يصدق عرفا انه اداها وان المالك
قبض عنه بحيث لو كان للقبض اثر كسقوط الضمان يرتبون عليه ولا يغرمونه بعد ذلك في
تلبسه بالخروج عن عهدته مع علمهم بثبوت الضمان الحقيقي الاداء بل لو ادعى المالك
ذلك بعد التلف يلومونه ويقولون له انك لقد اخذت مالك ثم تغرمه وبعد التعميم يرتفع
الاشكال عن كلا المقامين حتى لو قلنا بان الكلي لا يتعين الا بقبض المشتري ورضاه اذ
المفروض صيرورته بعد الاجازة قبضا له عرفا فيترتب عليه احكامه ثم لا يخفى انه يشكل
الحال على طريقة الشيخ قدس سره من ارجاع مرجع الاجازة الى اسقاط الضمان في الصرف
والسلم حيث ان مقتضاها عدم الصحة اذا كان فضوليا لان صحتها موقوفة على القبض
وعلى طريقته لا يتحقق القبض اصلا ومعلوم ان اسقاط الضمان غير مجد في الصحة لعدم كونه
قبضا حقيقيا فلا يترتب عليه صحة ما يتوقف صحته عليه فاللازم من الالتزام بالفساد فيهما
لو كانا فضوليا وهو مشكل بعد تسليم الصحة في سائر العقود مطلقا اذ الظاهر عدم الفرق بينها
اللهم الا ان يقال ان القبض الثابت من اعتباره فيهما انما هو قبض المتعاقدين لا المالكين فما
المعتبر في الصرف او السلم مثلا ان لا يكون نسيئة بل يكون يدا بيد وهذا امر ثابت متحقق
صادر من الفضولي ايضا فيتوقف الا على رضا المالك والالتزام بمؤداه ولا يرد هذا الاشكال على ما اخترنا
من كون امضاء القبض قبضا في نظر العرف وليس المعتبر الا القبض العرفي فبالاجازة يصير ذلك القبض

الصادر

الصادر حال العقد قبضا له عرفا نعم يبقى هنا اشكال اخر وهو ان الاجازة هل هي موجبة
لصيرورة القبض قبضا بنفسها او هي كاشفة عن كون القبض قبضا للمالك من اول الامر
وعلى الاول هل يستلزم ذلك فساد العقد لو قلنا باعتبار قبض المالكين ام لا ولتوضيح
الاشكال والتكلم فيه محل اخر ثم ان الشيخ قدس سره في اخر كلامه قال فلو كان اجازة العقد
دون القبض لغوا كما في العقد على السلم بعد قبض الفضولي والتفرق كان اجازة العقد
اجازة للقبض صونا للاجازة عن اللغوية ولو قال اجزت العقد دون القبض ففي بطلان
العقد او بطلان رد القبض وجهان انتهى كلامه رفع مقامه اقول في كلامه قدس سره صونا
للاجازة عن اللغوية تامل لان حمل الفعل الصادر من العاقل على الصحيح ليس قرينة لفظية موجبة
لتقدير امضاء القبض ولا قرينة حالية مجانبة مقصود المتكلم لامكان انه اراد امرا معقولا
من الامضاء دون الصحة كاسكات الواسطة وغيره من الاغراض المترتبة على العقد فافهم الكلام
في المجيز يشترط في المجيز ان يكون حين الاجازة جائز التصرف بالبلوغ والعقل والرشد
ووجهه ظاهر وهل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مجيز فعلا حين العقد فلا يجوز
بيع مال اليتيم لغير مصلحة ولا ينفعه اجازته اذا بلغ او اجازة وليه اذا حدثت المصلحة بعد
البيع ام لا قولان اقواهما الصحة لان العقد الصادر من الفضولي المتعلق بما له بعد
اجازته يصير عقدا له ولا مانع من توجه الامر بوجوب الوفاء اليه ومن هنا ظهر انه لا يشترط
في المجيز ان يكون جائز التصرف في حال العقد سواء كان عدم جواز التصرف لاجل عدم
المقتضي او المانع كما لا يخفى ثم انه لو انتقل المال المبيع فضولا من المالك حين
العقد الى اخر هل يصح اجازته لما عرفت من انه يصدق ان يقال اوفوا بعقودكم وصدق الاضافة
عرفا بمجرد كونه مالكا حين الاجازة من دون ان يكون العقد واقعا في ملكه من اول الامر في غاية

في بيان شرائط المجيز واحكامه

ام لا وجهان اظهرهما العدم لان شمول الامر بالوفاء متوقف على صيرورة العقد عقدا له باجازته

الكلام

الاشكال بل الظاهر ان مصحح الاجازة ليس الا كونه مربوطا به من حين صدوره وهذا بخلاف المالك
اخيرا فان تملكه اجنبي عنه بالمرة وليس معلقا في الهوى دائرا مدار الاجازة واما بالنسبة الى المالك
حين العقد فالعقد كان نعقد له من حين صدوره غاية الامر ان عدم صدق الاضافة والاتصاف
بكونه عاقدا لاجل عدم امضائه العقد المتعلق به فاذا اجازه جاز وهذا مضافا الى ان الشك
في الاضافة يكفي في المدعى حيث ان الاصل في المعاملات الفساد ولكنا في غنى بقوله تعالى احل الله
البيع اذ البيع عبارة عن الانتقالات الخاصة المتحققة في الخارج ومعلوم ان انتقال العين
الخارجي من زيد الى عمرو غير انتقالها من عمرو الى بكر فلو ملك الغير تلك العين لكان نقلها منه محتاجا
الى انشاء جديد وليس منافيا لما ذكرنا سابقا في توجيه بيع الفضولي لنفسه من عدم كون
هذا القصد مضرا في صيرورته بيعا للمالك اذ ليس مفهوم العقد الواقع الا انشاء النقل
وكونه من هذا او ذاك خارج عن مفهوم العقد ولا مدخلية له دخالة في تحقق هذا المفهوم وفي مقام
دفع التنافي ان البيع ليس الا انشاء النقل وايجاده في الخارج نظير النقل والانتقالات
المحققة المتأصلة الخارجية فتحققه يتوقف على ثبوت ناقل ومنقول ومنقول منه ومنقول
اليه وتحقق ذلك بعينه هذا بيانك لا يدل الا على ان القائل انشاء النقل واوقعه في الخارج
وجعل هذا الشيء في مكان ذلك وذاك في مكان هذا ومعلوم ان المكانين خارجان
عن مدلول هذا الكلام الا انه مفهوما ذلك الانشاء بحيث لا يتحقق الا بهما ولا معنى
لانشاء النقل الا اخراج كل من العوضين عن ملك مالكه وادخاله في ملك الاخر من دون
توقف على قصد كونه خارجا عن ملك هذا وداخلا في ملك ذاك لان انشاء النقل معنى
عن هذا القصد فالمنقول منه والمنقول اليه لا يكون الا المالكين سواء قصد كونه
منهما ام لم يقصده ام قصد عدمه فقصده وقوعه لنفسه لغو غير مؤثر في شيء لو لم يكن مالكا

يتشخص

اذلم

اذ لم يخرج عن ملكه شيء حتى يتحقق النقل منه فينتقل بنقل ذلك المنقول من ملك مالكه الى الاخر وقصده
وقوعه عن نفسه ليس الا بمنزلة كون نقل الحجر عن الجدار نقلا عن الارض ومعلوم ان القصد لا
يغير الشيء عما هو عليه ومقتضى ما ذكرناه وان كان تحقق النقل عن المالكين فيما بين العوضين
بمجرد انشاء الفضولي من دون توقف على امضاء المالكين اذ الشيء بعد وجوده لا يتوقف
في وجوده على شيء اخر الا ان هذا النقل ليس نقلا حقيقيا خارجيا حتى يتحقق حقيقته
بفعل الناقل بل هو امر اعتباري منتزع من الاحكام المجعولة في مواردها والاثار المترتبة
له شرعا فنقل الفضولي غير مؤثر في شيء الا بعد امضاء المالك اياه واذا اجازه جاز
فحصل مما ذكرنا ان بيع الفضولي ~~غير مؤثر في شيء الا بعد~~ عبارة عن انشاء نقل العقد
العاقد كل من العوضين عن ملك مالكه حين العقد الى الاخر غاية الامر ان امضائه شرعا
موقوف على اجازة المالك فلو انتقل احد العوضين الى ثالث سواء كان ذلك الثالث
نفس الفضولي او غيره ونقل هذا الثالث الى الطرف الاخر عوضا عن العوض الذي هو ملكه
ليس هذا هو النقل الاول بل نقل جديد يتوقف على انشاء جديد كما لا يخفى ولعل هذا
الذي ذكرناه هو المدرك فيما ادعيناه من عدم صدق اضافة العقد الى المالك حال الاجازة
بمجرد الاجازة اذ لم يكن مالكا حال العقد فتدبر فان المقام لا يخلو عن دقة ثم ان
الشيخ قدس سره رجح القول بصحة الاجازة فيما نحن فيه حيث قال في مكاسبه بعد نقل الاقوال
في المسألة فيما اذا باع باع الفضولي لنفسه وهو القول بصحة العقد مع اجازته بعد
ما صار مالكا والقول بالصحة مطلقا من دون توقف على الاجازة والقول بالبطلان
والاقوى هو الاول للاصل والعمومات السليمة عما يرد عليها ما عدا امور لفقها
بعض من قارب عصرنا مما يرجع اكثرها الى ما ذكر في الايضاح وجامع المقاصد ثم ذكر الامور واجاب

قصده

العوضين

لنفعها